

Der Wegfall der Gefahr im Versicherungsvertrag

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

ALFONS HASLER

aus Lommis (Thurgau)

Juris-Verlag Zürich, 1950

Der Wegfall der Gefahr im Versicherungsvertrag

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

ALFONS HASLER

aus Lommis (Thurgau)

Juris-Verlag Zürich, 1950

Die Fakultät hat diese Arbeit am 18. November 1948 auf Antrag von Prof. Dr. W. Koenig als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.



INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	Seite 9
-------------------	------------

EINLEITUNG

1. Das Vertragsverhältnis	10
2. Die Aenderung der Gefahr	12

ALLGEMEINER THEIL

Erstes Kapitel: <i>Die versicherungsrechtliche Gefahr</i>	13
§ 1. Begriff und Merkmale der Gefahr	13
A. Begriff der Gefahr	13
B. Merkmale der Gefahr	15
I. Zukünftigkeit des Ereignisses	15
II. Ungewissheit des Eintrittes des Ereignisses	16
III. Möglichkeit des Ereignisses	16
IV. Zufälligkeit des Ereignisses	17
V. Wirtschaftliche Schädlichkeit des Ereignisses . . .	18
1. Sachversicherung	18
2. Vermögensversicherung	19
3. Personenversicherung	19
§ 2. Die Festlegung der versicherten Gefahr	20
A. Abgrenzung der versicherten Gefahr	20
B. Beurteilung der individuellen Gefahr	22
I. Inhalt der Anzeigepflicht	22
II. Verletzung der Anzeigepflicht	23
Zweites Kapitel: <i>Der Wegfall der Gefahr</i>	24
§ 3. Der Wegfall der gesamten Gefahr	25
A. Der Begriff und die Merkmale des Wegfalls der gesamten Gefahr	25
I. Der Begriff	25
1. Der tatsächliche Wegfall der Gefahr	26
2. Der rechtliche Wegfall der Gefahr	26
II. Die Merkmale	27
1. Der Wegfall aller wandelbaren Gefahrstatsachen .	28
2. Die Gewissheit über den Wegfall	28
3. Der Zeitpunkt des Wegfalls	29
B. Der Wegfall der Gefahr und der Wegfall des Interesses .	30
I. Interesse und Gefahr	30
II. Der Interessebegriff im Versicherungsvertrag . . .	31

§ 4. Der teilweise Wegfall der Gefahr	34
A. Der Begriff und die Merkmale des teilweisen Wegfalls der Gefahr	34
I. Der Begriff	34
II. Die Merkmale	35
1. Der Wegfall eines Teils der Gefahr	36
2. Der Wegfall wesentlicher Tatsachen	36
B. Abgrenzung gegenüber ähnlichen Tatbeständen	37
I. Der teilweise Wegfall und die Gefahrverminderung	37
II. Der teilweise Wegfall und die Verminderung des Versicherungswertes	39
§ 5. Der zeitweise Wegfall der Gefahr	40
A. Der Begriff und die Merkmale des zeitweisen Wegfalls der Gefahr	40
I. Der Begriff	40
II. Die Merkmale	42
1. Der Nachweis des Wegfalls der Gefahr	42
2. Die Wiederentstehung der Gefahr	43
B. Der zeitweise Wegfall eines Teils der Gefahr	45
C. Die Anzeigepflicht bei Veränderung der Gefahrenlage	46

SPEZIELLER TEIL

Erstes Kapitel: <i>Die gesetzliche Regelung des Wegfalls der Gefahr</i>	49
§ 6. Inhalt und Anwendungsbereich der Art. 9 und 10 VVG	49
A. Inhalt und Anwendungsbereich des Art. 9 VVG	50
I. Der Inhalt	50
1. Die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung	50
2. Die Zukünftigkeit der Gefahr	52
3. Die Voraussetzungen und die Wirkungen der Nichtigkeit	55
II. Der Anwendungsbereich	57
1. Gründe, die für die Anwendung des Art. 9 VVG auf die Vorwärtsversicherung sprechen	60
2. Gründe, die für die Anwendung des Art. 20 OR auf die Vorwärtsversicherung sprechen	62
B. Inhalt und Anwendungsbereich des Art. 10 VVG	65
I. Der Inhalt	65
1. Die Ausnahmeregel des Art. 10 Abs. 1 VVG	65
2. Kenntnis des Versicherers vom Wegfall der Gefahr	68
3. Kenntnis des Versicherungsnehmers vom Wegfall der Gefahr	70
II. Der Anwendungsbereich	73
1. Der teilweise Wegfall und Art. 10, Abs. 2 VVG	74
2. Der teilweise Wegfall und Art. 10, Abs. 3 VVG	75

§ 7. Das Verhältnis von Art. 9 VVG zu Art. 20 OR	76
I. Die Frage der Anerkennung der Rückwärtsversicherung	77
1. Die subjektive Ungewissheit	77
2. Die subjektive Ungewissheit über Vergangenheit und Zukunft	79
II. Die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR	80
1. Voraussetzungen und Wirkungen der Nichtigkeit nach Art. 20 OR	81
2. Die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR	82
III. Lösungsvorschlag	84
1. Die Regelung der Rückwärtsversicherung de lege ferenda	86
2. Die Anwendung des Art. 20 OR auf die Vorwärtsversicherung	87
 Zweites Kapitel: <i>Die Wirkungen des Wegfalls der Gefahr</i> . .	87
§ 8. Mangel der Gefahr	90
I. Der Mangel der ganzen Gefahr	90
1. Die Kenntnis des Versicherers	90
2. Die Kenntnis des Versicherungsnehmers	90
II. Der teilweise Mangel der Gefahr	91
§ 9. Wegfall der Gefahr vor Beginn der Wirkungen des Vertrages	94
I. Wegfall der ganzen Gefahr vor Wirkungsbeginn des Vertrages	97
II. Teilweiser Wegfall der Gefahr vor Wirkungsbeginn des Vertrages	98
III. Zeitlicher Aufschub der Entstehung der Gefahr	99
§ 10. Wegfall der Gefahr während der Vertragsdauer	99
I. Wegfall der ganzen Gefahr während der Vertragsdauer	100
1. Die Stellung des Versicherers	101
2. Die Stellung des Versicherungsnehmers	102
II. Teilweiser Wegfall der Gefahr während der Vertragsdauer	109
III. Zeitweiser Wegfall der Gefahr	114
1. Die Wirkungen im allgemeinen	115
2. Der zeitweise Wegfall in der Autohaftpflichtversicherung	117

LITERATURANGABEN

- | | | |
|-------------|---|---|
| Badertscher | = | Badertscher, Kommentar zum MFG 1932. |
| Becker | = | Becker, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, neue Auflage 1942. |
| Bienenfeld | = | Bienenfeld, Bemerkungen zum MFG, in der SJZ 30, S. 57. |
| Bourgknecht | = | Bourgknecht, La responsabilité civile de l'automobiliste dans la loi féd. sur la circulation des automobiles et des cycles du 10. II. 1926, Freiburg, Diss. 1927. |
| Bruck | = | Bruck, Privatversicherungsrecht. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.
Bruck, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 7. Auflage. Berlin 1932. |
| Cohn | = | Cohn, Der Versicherungsvertrag nach allgemeinen Rechtsprinzipien, Breslau 1873. |
| Corrodi | = | Corrodi, Die Versicherung für fremde Rechnung nach dem schweizerischen und dem deutschen VVG. Zürich, Diss. 1916. |
| Egger | = | Egger, Kommentar zum ZGB: Personenrecht. 2. Auflage 1930. |
| Ehrenberg | = | Ehrenberg, Versicherungsrecht. 1911. Im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. VIII.
Ehrenberg, Privatversicherungs-Recht. 1923. In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Bd. XIII. |
| Ehrenzweig | = | Ehrenzweig, Versicherungsvertragsrecht. Wien und Leipzig 1935. |
| Entwurf | = | Entwurf Roellis zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. 1896.
Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. 1904. Im Schweiz. Bundesblatt 1904, I. |
| Flueller | = | Flueller, Die Gefahrerhöhung im Privat-Versicherungsrecht. Freiburg, Diss. 1933. |
| Förstenberg | = | Förstenberg, Das Kündigungsrecht des Versicherers. Leipzig, Diss. 1932. |
| Förster | = | Die Gefahrerhöhung in der Privatversicherung. Leipzig, Diss. 1916. |
| Framhein | = | Framhein, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles. Hamburg, Diss. 1927. |
| Gantenbein | = | Gantenbein, Die ausserordentliche Beendigung des Versicherungsvertrages. Zürich, Diss. 1939.
Gantenbein, Der Anwendungsbereich des Art. 9 VVG, Aufsatz in Schweiz. Versich. Zeitschrift. 1940/41, VIII, S. 129 ff. |
| Gierke, von | = | von Gierke, Versicherungsrecht unter Ausschluss der Sozialversicherung, Stuttgart 1937. |
| Grieshaber | = | Grieshaber, Das Synallagma des Versicherungsvertrages. Freiburg, Diss. 1914. |
| Guhl | = | Guhl, Das schweizerische OR mit Einschluss des Handels-, Wechsels- und Versicherungsrechtes. 1933. |

- Hagen = Hagen, Neue Wege in der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung. Berlin 1938.
- Haymann = Haymann, Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag. Eine Grundfrage des Privatversicherungsrechtes. Berlin und Leipzig 1933.
- Herschsohn = Herschsohn, Die Kündigung im schweizerischen Obligationenrecht. Zürich, Diss. 1925.
- Hiestand = Hiestand, Grundzüge der privaten Unfallversicherung. 1900.
- Hohl = Hohl, Die Haftpflicht des Automobilisten im schweizerischen und französischen Recht. Bern, Diss. 1930.
- Honegger = Honegger, Ueber das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen OR. Zürich, Diss. 1926.
- Hug = Hug, Das Kündigungsrecht. Zürich, Diss. 1926.
- Jaeger = Jaeger, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bde. II—IV des Kommentars Roelli-Jaeger.
- Kisch = Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechtes. Bd. II: Die Lehre von der Gefahr. Bd. III: Die Lehre vom Interesse. 1922.
- Klopfenstein = Klopfenstein, Die Haftpflichtversicherung beim Halterwechsel des Motorfahrzeuges. Bern, Diss. 1940.
- Koenig = Koenig, Versicherungsrecht. Bd. II. 1942.
Koenig, Grundzüge des Versicherungswesens. Bern, 1946.
Koenig, Gegenstand der Versicherung. Eine systematische Begründung des Versicherungsrechtes ohne den Interessebegriff. Bern, 1931.
Koenig, Das befürchtete Ereignis. SJZ, 26 S. 161.
- Lutz = Lutz, Zur Umschreibung der versicherten Gefahr durch Gesetz und Vereinbarung. Zürich, Diss. 1932.
- Manes = Manes, Versicherungs-Lexikon. 3. Auflage, 1930.
- Oser = Oser, Kommentar zum OR. 1929.
- Ostertag-Hiestand = Ostertag-Hiestand, Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. Kommentar 1928.
- Peyer = Peyer, Die Haftpflichtversicherung des Motorfahrzeughalters. Nach dem MFG vom 15. März 1932. Aarau 1935.
- Ritter = Ritter, Das Recht der Seeversicherung. Kommentar zu den allgemeinen deutschen Seeversicherungsbedingungen. Hamburg 1922.
- Roelli = Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. 1896. Mit Motiven. Ergänzung der Vorlage mit Motiven.
Roelli, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. 1911, 1912, 1914. Bd. I des Kommentars Roelli-Jaeger.
- Rynert = Rynert, Ueber die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers beim Abschluss des Versicherungsvertrages nach Binnerversicherungsrecht. Zürich, Diss. 1908.

Schmitz	=	Schmitz, Veränderte Umstände und clausula rebus sic stantibus im schweizerischen Privatversicherungsrecht. Bern, Diss. 1945.
Schönbein	=	Schönbein, Die Haft- und Versicherungspflicht des Automobilhalters. Bern, Diss. 1928.
Schönenberger	=	Schönenberger, Die Bedeutung des eigenen und fremden Verschuldens für den Versicherungsnehmer. Freiburg, Diss. 1923.
Stadler	=	Stadler, Kommentar zum MFG 1933.
Stammler	=	Stammler, Aenderung laufender Verträge. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 58 1 ff., 49 ff.
Stiefel-Koenig-Martinoli	=	Stiefel-Koenig-Martinoli, Die Autohaftpflichtversicherung. 1934.
Strebel	=	Strebel, Kommentar zum MFG, 1. Lieferung 1933.
Thur, von	=	von Thur, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes. 1924—25.
Ziegler	=	Ziegler, Die Beendigungsgründe des Versicherungsvertrages. Erlangen, Diss. 1913.
Zingg	=	Zingg, Die Befreiung des Versicherers von der Leistungspflicht nach dem schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908. Bern, Diss. 1926.

ZEITSCHRIFTEN

SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
SVZB	=	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, Bern, seit 1933.
SVZ	=	Schweizerische Versicherungszeitschrift Zürich.
JRPV	=	Juristische Rundschau für die Privat-Versicherung.
ZBJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
BGE	=	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes.
SVA	=	Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten.
ZGVW	=	Zeitschrift für die gesamte Versicherungs-Wissenschaft.
BSV	=	Berichte des schweizerischen Versicherungsamtes.
BBl	=	Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. 1904. Im schweizerischen Bundesblatt 1904, I.

ABKÜRZUNGEN

VVG	=	Schweizerisches Versicherungsvertragsgesetz.
DVVG	=	Deutsches Versicherungsvertragsgesetz.
OeVVG	=	Oesterreichisches Versicherungsvertragsgesetz.
LCA	=	Loi sur le contrat d'assurance.
CCF	=	Code civile français vom 21. März 1804.
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Recht.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911.
MFG	=	Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932.
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

VORWORT

Das Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 hat den Wegfall der Gefahr nicht allseitig geregelt. Der Gesetzgeber ordnet nur den Fall, wo die Gefahr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits weggefallen war (Art. 9 und 10 VVG).

Zweck und Aufgabe der vorliegenden Arbeit bestehen darin, den Begriff «Wegfall der Gefahr» klarzustellen, die gesetzliche Ordnung in den Art. 9 und 10 VVG zu prüfen und die Wirkungen des Wegfalls festzulegen.

Ueber den Wegfall der Gefahr im schweizerischen Versicherungsvertrag existiert nur eine spärliche Literatur. Mit grossem Gewinn konnte jedoch die ausländische, insbesondere die deutsche Literatur herangezogen werden, da im Auslande ähnliche Gesetzesvorschriften zur Anwendung kommen und überall ungefähr die gleichen Rechtsfragen auftauchen. Einzelne Gesichtspunkte liessen sich aus Urteilen der schweizerischen Gerichtspraxis ableiten.

Ich möchte an dieser Stelle meinem Lehrer, Herrn Prof. Dr. W. Koenig und allen mir behilflich gewesenen Herren aus der Praxis meinen Dank aussprechen für die wertvollen, praktischen Ratschläge, mit denen sie mir bereitwillig zur Seite gestanden sind.

Einleitung

1. DAS VERTRAGSVERHÄLTNIS

Die Erfahrung lehrt, dass jeder Mensch in seinem Leben und in seiner wirtschaftlichen Existenz vielerlei Gefahren ausgesetzt ist¹. Jedermann hat das Bedürfnis, vor den ihm drohenden Gefahren geschützt zu sein.

Das Institut der Versicherung fasst die von Einzelgefahren Bedrohten zu einer wirtschaftlichen Gefahrengemeinschaft zusammen. Sie ermöglicht es, die den Einzelnen treffende Verwirklichung der Gefahr auf die Gesamtheit der Gefahrsgenossen zu verteilen.

Was versteht man unter einem Versicherungsverhältnis? Nach Koenig² handelt es sich um einen Vertrag, «bei welchem die eine Partei der andern gegen Entgelt (Prämie) für den Fall der Vernichtung, Verletzung oder Schädigung eines Gegenstandes (Sache, Person, Vermögen) durch ein ungewisses zukünftiges Ereignis eine Vermögensleistung (Schadenersatz oder feste Summe) verspricht.» Nach Gierke³ besteht das Versicherungsverhältnis in einer Rechtsbeziehung, kraft welcher der Versicherer einem andern, dem Versicherten, Versicherungsschutz gewährt. Es fragt sich aber, wie dieser Versicherungsschutz gewährt werden kann. Es geschieht dadurch, dass der Versicherer sich auf entgeltlicher Grundlage dem Versicherten gegenüber zu einer Vermögensleistung verpflichtet, falls diesen ein ungewisses, zukünftiges Ereignis trifft. Der Versicherer trägt die Gefahr. Die Verwirklichung der Gefahr, der Eintritt des befürchteten Ereignisses⁴, löst unter normalen Umständen die Leistungspflicht des Versicherers aus. Diese Leistung kann in

¹ Haftpflicht-, Diebstahl-, Unfall-, Brandgefahr u. a. m.

² Koenig, Versicherungsrecht, 31.

³ Gierke, Versicherungsrecht, 3.

⁴ In der deutschen Literatur durchgehend «Versicherungsfall» genannt.

der Bezahlung eines Schadenersatzes, in der Leistung einer bestimmten Summe oder Rente oder auch in der Erfüllung einer dem Versicherten zustehenden Forderung bestehen ⁵.

Die vielfach vertretene Auffassung ⁶, dass die Hauptleistung des Versicherers in der Gefahrtragung bestehe, möchten wir ablehnen. «Die Gefahrtragung kann man nicht leisten», sagt Gierke ⁷. Diese Ueberlegung ist richtig. Wäre nämlich die Gefahrtragung die Hauptleistung des Versicherers, so müsste hier doch die Leistungsklage möglich sein. Auf Gefahrtragung kann aber mit einer Leistungsklage nie geklagt werden. Die Gefahrtragung ist keine eigentliche Leistung, vielmehr ein Zustand, gleichsam das Ergebnis des Versicherungsverhältnisses ⁸. Wohl kann man sagen, dass der Versicherer gegen Entgelt die Gefahr trägt, die Gefahr übernimmt. Dagegen ist es falsch zu sagen, dass die Leistung des Versicherers auf Uebernahme der Gefahr laute ⁹. Die eigentliche Leistung des Versicherers liegt in der Leistungspflicht im Falle des Eintritts des befürchteten Ereignisses ¹⁰. Ob diese Leistungspflicht eintritt oder nicht, berührt den Vertragsbestand nicht. Als Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages genügt die blosse Möglichkeit der Entstehung der Leistungspflicht; sie bildet den Inhalt des Vertrages. So geschieht es vielfach, wie Kisch ¹¹ mit Recht feststellt, dass das Versicherungsverhältnis abläuft, ohne dass die Gefahr sich verwirklicht oder ohne dass der Versicherer eine Leistung erbracht hat. Das ist eben der aleatorische Charakter des Versicherungsvertrages ¹².

⁵ Abzulehnen ist die verbreitete «Schadenstheorie», nach der der Versicherer stets zum Ersatz eines Schadens verpflichtet sei. Unter Schadensversicherung wird nicht nur die Versicherung verstanden, bei welcher ein nachweisbarer Schaden entstanden ist. Die Vermögensleistung kann auch auf Erfüllung einer Forderung abgestellt sein. Und um die Summenversicherung unterzubringen, wird von einem fixierten Schaden gesprochen!

⁶ Hauptvertreter sind Bruck, Grieshaber, Möller, Bene, u. a.

⁷ J. v. Gierke, 90.

⁸ Vgl. Kisch, II, 87 ff.

⁹ Vgl. Ostertag, 14: «Der Versicherer, der sich für den Versicherungsfall zu einer Leistung verpflichtet.» Auch Koenig, 30.

¹⁰ Der Versicherer tritt nicht an Stelle des Versicherungsnehmers, sondern verspricht nur eine Leistung.

¹¹ Kisch, II, 87 ff.

¹² Gantenbein, Diss. 52.

2. DIE ÄNDERUNG DER GEFAHR

Die Gefahr setzt sich zusammen aus unzähligen und mannigfaltig verschiedenen Elementen, den sog. Gefahrstatsachen. Alle Gefahrstatsachen zusammen bilden einen Zustand, und zwar einen Zustand der Ungewissheit darüber, ob die vielen Gefahrstatsachen ein befürchtetes, ungewisses Ereignis auslösen werden oder nicht. Dieser Zustand befindet sich in ständiger Bewegung; er kann sich vergrößern oder vermindern.

Das Recht musste darauf verzichten, alle Veränderungen, die eigentlich möglich sind, zu umfassen. So ist versicherungsrechtlich nur ein kleiner Ausschnitt aus den möglichen, vielfältigen Gefahrstatsachen beachtlich, nämlich jene, die erfahrungsgemäss geeignet sind, auf die Möglichkeit des Ereignisses einen bestimmten Einfluss auszuüben. Die Praxis unterscheidet *unwandelbare* und *wandelbare* Gefahrstatsachen. Unwandelbare Gefahrstatsachen sind solche, die sich nicht ändern können, die ein für allemal feststehen¹³. Die wandelbaren können sich ändern¹⁴. Im weitem unterscheidet man zwischen objektiven und subjektiven Gefahrstatsachen. Zu den objektiven zählt man bspw. die Bauart eines Hauses, die Gesundheit, das Geburtsdatum, den Beruf. Die subjektiven Tatsachen sind solche, die im Charakter und Verhalten des Versicherungsnehmers begründet sind¹⁵. Die Festsetzung der einzelnen Merkmale ist Sache der Parteien¹⁶.

Die Veränderung der Gefahr kann in verschiedener Richtung vor sich gehen. Mehrten sich die Gefahrstatsachen, so vergrößert sich die Gefahr und es wächst auch die Möglichkeit des Eintritts des Ereignisses. Vermindern sich die Gefahrsumstände, so wird die Möglichkeit des Versicherungsfalles eine kleinere. Verschwinden überhaupt alle Gefahrstatsachen, so ist die Gefahr weggefallen. Das Gesetz hat die Gefahrverminderung in Art. 50 VVG, die Gefahrerhöhung in den Art. 28, 30—32 VVG und den Gefahrwegfall in den Art. 9 und 10 VVG geordnet.

¹³ Roelli, Kommentar, 328; Ostertag, Kommentar zu Art. 28, Anm. 10.

¹⁴ Roelli rechnet im Gegensatz zu Ostertag auch gewisse wandelbare Gefahrstatsachen zu den unwandelbaren, bspw. die Nachbarschaft, den Standort.

¹⁵ Koenig, Versicherungsrecht, 57.

¹⁶ Koenig, Versicherungsrecht, 58; Kisch, II, 79 ff.

ALLGEMEINER TEIL

Erstes Kapitel:

DIE VERSICHERUNGSRECHTLICHE GEFAHR

§ 1. BEGRIFF UND MERKMALE DER GEFAHR

Die Bedeutung des Ausdrucks «Gefahr» ist keine einheitliche. In Theorie und Praxis wird Gefahr in mehrfach abgewandelter Bedeutung gebraucht. So wird Gefahr verwendet als Umschreibung für das ungewisse Ereignis, das den Versicherten bedroht und um dessentwillen er den Versicherungsschutz sucht¹⁷. Kisch¹⁸ gebraucht Gefahr in einem weiteren und engeren Sinne. Im weiteren Sinne, so sagt Kisch, sei Gefahr die Möglichkeit des Eintritts des Ereignisses, an das die Leistungspflicht des Versicherers geknüpft ist; Gefahr im engeren Sinne bezeichne einen Gefahrsumstand, der geeignet ist, das befürchtete Ereignis auszulösen. Der Ausdruck «Gefahr» dient vielfach auch dazu, das konkrete Ereignis zu kennzeichnen, von dessen Eintritt die Leistungspflicht des Versicherers abhängt; also den Brand, die Krankheit, den Diebstahl, usw. In dieser Bedeutung wird Gefahr oft durch den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens verwendet. Unsere Ansicht wird im folgenden dargelegt.

A. Begriff der Gefahr

Betrachtet man die lange Reihe der von den einzelnen Autoren¹⁹ aufgestellten Gefahrdefinitionen, so fällt auf, dass zwei Elemente im Begriffe sozusagen unangefochten dastehen: ein-

¹⁷ Solche Möglichkeiten wurden in der Einleitung genannt.

¹⁸ Kisch, II, 1 ff. und ZGVW, 17, 490 ff. Statt einer Definition hat unser Gesetzgeber den Begriff selbst verwendet. Der Entwurf sieht bewusst von einer Definition ab. «Es ist Sache der Wissenschaft, zu untersuchen, ob ein gemeinsamer Oberbegriff der Assekuranzgefahr bestehe und wie die speziellen Begriffe der einzelnen Versicherungsarten zu fassen seien» (Botschaft, 1904, 43). Je abstrakter und allgemeiner ein Begriff ist, um so gefährlicher ist es, ihn in einer Legaldefinition festzulegen.

¹⁹ Vgl. Framhein, Diss. 22 ff.

mal die Gefahr als Möglichkeit eines Ereignisses und dann die Gefahr als Zustand. Die Verbindung dieser beiden Begriffsmerkmale führt zu der einfachen Definition: Gefahr ist ein Zustand der Ereignismöglichkeit. Diese Umschreibung kennzeichnet die Gefahr als einen Zustand, die Möglichkeit, von einem gedachten, gleichsam in der Schwebelage befindlichen Ereignis ereilt zu werden. Diese Formulierung deckt sich inhaltlich mit derjenigen der deutschen Parallelvorschrift § 2: «Möglichkeit des Eintritts des Versicherungsfalles.» Der schweizerische Gesetzgeber gibt keine Definition, sondern verwendet in Art. 9 VVG statt einer Umschreibung einfach den Ausdruck «Gefahr».

Die Auffassung, nach der die Gefahr begrifflich das befürchtete Ereignis selbst bezeichne, ist nicht richtig. Mit der Verwirklichung hat die Gefahr aufgehört, Gefahr zu sein¹⁹. Die ihr notwendig innewohnende Unsicherheit ist Sicherheit geworden, die Möglichkeit Tatsache. Wir möchten auch die oben angedeutete Meinung, dass man unter Gefahr einen konkreten Zustand verstehen könne, ablehnen. Gefahr in diesem Sinne wären die einzelnen Gefahrstatsachen²⁰. Kisch ist zuzugeben, dass der Sprachgebrauch das Wort «Gefahr» bisweilen auch in diesem Sinne gebraucht. Doch scheint uns, dass eine Notwendigkeit oder auch nur ein Bedürfnis, Gefahr in diesem Sinne zu verwenden, nicht besteht. Das Wort «Gefahrsumstand», das zur Erklärung der Gefahr in diesem Sinne herangezogen werden muss, genügt vollkommen zur Bezeichnung dieses Begriffs. Die Verwendung des Ausdrucks «Gefahr» für verschiedene Begriffe erzeugt nur Unklarheit. Ungenau scheint auch Roelli²¹ zu definieren, wenn er sagt, die Gefahr sei ein Zustand der Schadensmöglichkeit. Roelli erhebt damit das Element des Schadens zum wesentlichen Merkmal des Ereignisses. Dies trifft nun aber nicht für alle Versicherungsarten zu²². Richtig dagegen definiert der Entwurf²³:

²⁰ Diese Bedeutung liegt etwa zugrunde, wenn man sagt: «Mit Benzin gefüllte Fässer in der Nähe einer Feuerstelle sind eine Feuersgefahr.» Hier kann Gefahr nicht ersetzt werden durch «Möglichkeit eines Brandes». Benzin fässer sind nicht die Brandmöglichkeit, aber sie begründen eine solche.

²¹ Roelli, Kommentar, 332.

²² Näheres unter Ziff. V dieses Paragraphen.

²³ Motive, I, 96.

«die Möglichkeit des Eintritts einer Tatsache». Ungenau wiederum Ehrenberg: «die Möglichkeit des zufälligen Eintritts einer wirtschaftlich nachteiligen Tatsache» (H. B. 4). Die heutige Auffassung geht dahin, dass das Element der Zufälligkeit ausser acht fällt²⁴.

B. Merkmale der Gefahr

Ueber die Eigenschaften der Gefahr²⁵ lässt sich allgemein bloss sagen, dass sich die Gefahr bei Vertragsabschluss als ein zukünftiges und ungewisses Ereignis charakterisieren muss²⁶.

I. Zukünftigkeit des Ereignisses

Das Ereignis muss nach schweizerischem Recht ein zukünftiges sein, m. a. W. es kann nur Versicherung genommen werden gegen eine Gefahr, die bei Vertragsschluss noch nicht eingetreten ist. Der Eintritt des Ereignisses muss sich zeitlich später ereignen. Die Gefahr soll eine gegenwärtige sein, in dem Sinne, dass das befürchtete Ereignis noch zu befürchten ist. War die Gefahr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits weggefallen, dann ist der Vertrag nichtig (Art. 9 VVG). Der Gesetzgeber stellte diesen Grundsatz als zwingende Norm auf (Art. 97 VVG). Eine Ausnahme hat das Gesetz in Art. 10 VVG für die Transportversicherung vorgesehen und für die Feuerversicherung hinsichtlich jener Gegenstände, die im Auslande gelegen sind. Solche Verträge können zurückbezogen werden auf einen Zeitpunkt, der vor demjenigen des Vertragsschlusses liegt. Voraussetzung dafür ist die Unkenntnis beider Parteien über die wahre Sachlage, m. a. W. beide Parteien müssen davon überzeugt sein, dass die Gefahr im Zeitpunkt des Abschlusses noch besteht.

Im Gegensatz zu unserer Normierung steht das deutsche VVG, das in § 2 die Rückwärtsversicherung für jeden Versicherungsvertrag gelten lässt, sofern für beide Kontrahenten die Sachlage

²⁴ Näheres unter Ziff. IV dieses Paragraphen.

²⁵ Vgl. Kisch, II, 50 ff.

²⁶ Koenig, Versicherungsrecht, 55.

ungewiss ist. Nach deutschem Recht bildet daher die Zukünftigkeit nicht unbedingt ein wesentliches Merkmal des Gefahrbegriffes.

Man kann sich mit Recht fragen, warum der schweizerische Gesetzgeber die Rückwärtsversicherung grundsätzlich verbietet. Hierzu sei hier folgendes bemerkt: für die schweizerischen Verhältnisse kommt der Rückwärtsversicherung keine praktische Notwendigkeit zu. Einzig in der Transportversicherung, eventuell auch in der Feuerversicherung mochte früher der Fall denkbar sein, dass das Ereignis in Unkenntnis der beiden Parteien vor Abschluss des Vertrages eintreffen konnte. Der Gesetzgeber hat denn auch diesem Umstand Rechnung getragen²⁷.

II. Ungewissheit des Eintritts des Ereignisses

Dieses Begriffsmerkmal ist das in der versicherungswissenschaftlichen Literatur am meisten anerkannte und wird bisweilen als «Lebensnerv der Versicherung» bezeichnet. Die Versicherung darf nie zu verwerflichen Spekulationen dienen. Aus diesem Grunde kann nur dann gegen eine Gefahr Versicherungsschutz gewährt werden, wenn die Verwirklichung der Gefahr ungewiss ist, wenn die Parteien über das «ob» und das «wann» des Eintritts des Ereignisses im ungewissen sind. Im praktischen Leben gilt die Regel: wenn Zweifel darüber besteht, ob einer der Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den Eintritt des befürchteten Ereignisses sicher wusste, so ist bei der Beurteilung der Haftung immer anzunehmen, dass die Parteien Geschehnisse, deren Eintritt sie beim Vertragsschluss als unausbleiblich voraussehen konnten, nicht als Gefahrereignis vereinbaren wollten²⁸.

III. Möglichkeit des Ereignisses

Als dritte Eigenschaft der Gefahr wird die Möglichkeit des Ereignisses angesehen²⁹. Wir lehnen das Requisit der Möglich-

²⁷ Vgl. § 6 dieser Arbeit.

²⁸ Von diesem Gesichtspunkt aus ist zu würdigen der «innere Verderb» von Waren in der Transportversicherung.

²⁹ Roelli, Kommentar, 376 ff.; Referat, 496 ff.; Ehrenberg, 5.

keit ab; nicht in dem Sinne, dass das Ereignis nicht möglich sein muss. Unsere Auffassung geht nur dahin, dass eine ausdrückliche Festlegung dieses Merkmals sich erübrigt, weil für jedes gültige Rechtsgeschäft die Möglichkeit des Inhalts bedingt wird (Art. 20 OR).

Ob der Eintritt des Ereignisses möglich oder unmöglich ist, muss nach objektiven Kriterien beurteilt werden. Nicht die subjektive Ansicht der Parteien darf als massgebend erachtet werden, sondern die Bewertung, «welche jeder verständige und sachkundige Mensch auf Grundlage der gegebenen Umstände gewinnen muss»³⁰. Durch einen nur scheinbar möglichen Vertrag werden die Parteien nie verpflichtet.

IV. Zufälligkeit des Ereignisses

Abzulehnen ist es, wenn man statt von einem «ungewissen» von einem «zufälligen» Ereignis spricht. Früher galt zwar dieses Element als erste Voraussetzung für jede Leistung seitens des Versicherers. Heute muss aber die Ansicht, dass nur zufällige Ereignisse den Schutz der Versicherung geniessen, als überholt betrachtet werden. Die Versicherung deckt nämlich in gewissen Grenzen auch schuldhaft herbeigeführte Ereignisse³¹. Verschuldete Ereignisse können aber zweifelsohne nicht zufällig sein.

Die ganze Entwicklung rührt von der Praxis her, die im Laufe der Zeit zusehends von der Zufallhaftung abwich, indem sie auch für verschuldete Fälle einstand. Die Wissenschaft musste folgen³². Diese Tendenz birgt Gefahren in sich. Der oberste Grundsatz des Versicherungswesens, wonach eine Versicherung nie zu Gewinn führen darf, wie dies schon die ältere Literatur im Spruch festgehalten hat: «assecuratus non quaerit lucrum, sed agit, ne in damno sit» (De assecurationibus, 1596), steht und

³⁰ Kisch, II, 53.

³¹ SVA, VIII, 83; VIII, 65: Deckung des Selbstmordes nach gewisser Vertragsdauer.

³² Vgl. Botschaft, 1904, 47: «Aus den vorgetragenen Erwägungen schliesst der Entwurf allgemein die leichte Fahrlässigkeit in die Versicherung ein.» Auch Koenig, «Neue Tendenzen im Privatversicherungsrecht», ZBJV, 68, 164.

fällt mit der grundsätzlichen Ablehnung der Zufälligkeit als Merkmal der Versicherungsgefahr. Die Zufälligkeit wahrt den hohen Sinn des Versicherungsgedankens. Die Ausweitung des Inhalts der Versicherungsgefahr gibt dem Versicherungsnehmer grosse Möglichkeiten zum Missbrauch. Das ist eine Tatsache, gegenüber der keine noch so einschneidende Kürzung der Leistung des Versicherers eine wirksame Abhilfe schafft.

V. Wirtschaftliche Schädlichkeit des Ereignisses

Viele Autoren³³ betrachten die wirtschaftliche Schädlichkeit als eine wesentliche Eigenschaft des Gefahrbegriffes. Nach dieser Lehre besteht der Zweck jeder Versicherung im Ersatz eines eventuellen Schadens. Dieses Begriffsmerkmal wird vom VVG wie von der herrschenden Doktrin mit Recht abgelehnt. Dass die wirtschaftliche Schädlichkeit kein Begriffsrequisit sein kann, wird in den folgenden Darlegungen gezeigt.

Die Gegenstände der Versicherung lassen sich in drei Kategorien einteilen: Sachen, Personen und Vermögen. Ihnen stehen die entsprechenden Versicherungsarten gegenüber³⁴.

1. Sachversicherung

Gegenstand dieser Versicherung sind Sachen (Mobiliar, Waren, Fabrikate, Maschinen, Tiere; auch unkörperliche Sachen wie Forderungen und andere Rechte). Entsprechende Versicherungsarten sind bspw. die Glas-, Feuer-, Vieh-, Einbruchdiebstahlversicherung. Die Leistungspflicht des Versicherers hängt von einem Schaden ab; also von der Vernichtung, dem Verlust, der Beschädigung einer Sache. Und in diesem Falle gehen wir einig, dass die Gefahr, bzw. das Ereignis einen wirtschaftlichen Nachteil mit sich bringen muss.

³³ Hiestand, Schadenersatzanspruch, 40 ff., Grundriss, 2, § 2 und § 9; Roelli, Referat, 500; Ehrenberg, 7; Förster, Diss. 11.

³⁴ Vgl. Koenig, Versicherungsrecht, 63 ff.

2. Vermögensversicherung

Gegenstand dieser Versicherungsart bildet das Vermögen des Versicherungsnehmers ganz allgemein. Zu den entsprechenden Versicherungsarten zählt man die Haftpflichtversicherungen, die Rückversicherung, die verschiedenen Kostenversicherungen, die Gewinnausfallversicherung, die Hagelversicherung und andere. Diese Versicherungen bezwecken, dem Versicherungsnehmer einen entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen. Ein solcher Schaden kann einmal dadurch entstehen, dass das Vermögen einer Person direkt vermindert wird oder dadurch, dass eine Person genötigt ist, das Vermögen selbst zu vermindern³⁵. Entgangener Gewinn, entgangene Erträge stellen auch einen Schaden dar. Schaden ist demnach nicht nur Vermögensverminderung, sondern auch das Ausbleiben eines sicher in Aussicht stehenden Vermögenszuwachses³⁶.

Im Gegensatz zur Sachversicherung, wo die Höhe des Schadens bestimmt werden kann, findet sich in der Vermögensversicherung keine Norm, die zum vornherein eine Fixierung des Schadens gestatten würde. Wie könnte wohl ein Schaden, den ein Autotmobilst verursacht wird, zum vornherein bestimmt werden? Die Leistung des Versicherers wird in all diesen Fällen durch eine vereinbarte Summe begrenzt, die aber den entstandenen Vermögensschaden decken soll, also einen Schadenersatz bildet. In diesem Sinne könnte auch hier das Element der Schädlichkeit im Gefahrbegriff anerkannt werden.

3. Personenversicherung

Gegenstand der Personenversicherung ist die Person. Die Leistungspflicht des Versicherers wird ausgelöst durch den Tod, durch Verletzung, Erkrankung oder durch hohes Alter einer

³⁵ Es handelt sich nicht um Einbussen, welche das Vermögen einer Person erleidet infolge der Befriedigung der mehr oder weniger notwendigen Lebensbedürfnisse. Die Gefahren, die hier in Frage stehen, sind von aussen kommende, schadenbringende Ereignisse, die die normale Lebensführung hemmen, stören und beeinträchtigen können.

³⁶ Ehrenberg, 7: «Wirtschaftlich nachteilig ist eine Tatsache dann, wenn entweder eine ungünstige Vermögensänderung dadurch bewirkt oder eine günstige Vermögensänderung dadurch verhindert wird.»

Person. Dementsprechend unterscheidet man die Lebensversicherung (Todesfall-, Erlebensfall- und Invaliditätsversicherung), die Unfall- und Krankenversicherung.

Im Gegensatz zur Vermögens- und Sachversicherung leistet hier der Versicherer keinen Schadenersatz. Wenn ein Ereignis die versicherte Person trifft, entsteht eine Forderung gegen den Versicherer. Der Versicherer steht für die Forderung ein, gleichgültig, ob ein Vermögensschaden vorliegt oder nicht. Die Höhe der Forderung ist vertraglich fixiert und auf Grund eines medizinischen Gutachtens festzustellen³⁷; die Höhe der Summe hängt aber auf keinen Fall von einem Vermögensschaden ab.

Die Gegenargumentation versucht trotzdem, die Schädlichkeit als wesentliches Merkmal der Gefahr zu postulieren. So wird gesagt, dass der Tod in der Lebensversicherung die Vereitelung einer beabsichtigten Vermögensbildung darstelle, wofür der Versicherer einen Schadenersatz leiste. Hier ist einmal festzuhalten, dass die Person, welche die Gefahr trifft, nicht auch zugleich der Schaden treffen kann. Wenn die Ursache vernichtet, können nicht mehr die Folgen affizieren. Hinsichtlich der Angehörigen braucht der Tod³⁸ einer Person gar nicht immer von Nachteil zu sein. Zugegeben, der Tod kann sehr häufig die Vermögenslage ungünstig beeinflussen. Das beweist aber noch nicht, dass die Schädlichkeit ein notwendiges Merkmal der Gefahr sein muss. Wir möchten deshalb diese Auffassung ablehnen.

Zusammenfassend sei wiederholt: Die Gefahr ist ein Zustand der Ereignismöglichkeit. Das Ereignis muss zukünftig und ungewiss sein.

§ 2. DIE FESTLEGUNG DER VERSICHERTEN GEFAHR

A. Abgrenzung der versicherten Gefahr

Im Vertrage muss jede versicherte Gefahr umschrieben sein. Teilweise geschieht dies schon durch die Angabe der gewählten

³⁷ Je nach dem Grad der körperlichen Beeinträchtigung kann die Versicherungsleistung (Unfallversicherung) abgestuft werden. Damit wird aber nur die Höhe der Summe fixiert. Mit dem Ersatz eines Vermögensschadens hat dies nichts zu tun.

³⁸ Vgl. Kisch, II, 66.

Versicherungsart. Sind die Begriffsmerkmale dieser bestimmten Gefahren nach der Natur der Sache, nach der allgemeinen Auffassung, nach den Bedürfnissen der Versicherungstechnik genügend umrissen, so erübrigt sich eine Umschreibung. Praktisch jedoch bildet die nähere Festsetzung der versicherten Gefahr einen wesentlichen Vertragspunkt, über den sich die Parteien einigen müssen. Dies betrifft insbesondere die Umschreibung der Gefahr in örtlicher und zeitlicher Hinsicht³⁹.

Hinsichtlich der Abgrenzung der versicherten Gefahr besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit. «Der Entwurf lässt dem Versicherer freie Hand, Umfang und Voraussetzungen seiner Haftpflicht zu fixieren. Der Versicherer allein vermag zu ermessen, ob unter solchen Voraussetzungen Gefahrereignisse, deren Gesetzmässigkeit nicht kontrollierbar ist, in die Versicherung eingeschlossen werden können»⁴⁰.

In der Regel erfolgt die Festlegung des Gefahrumfanges durch die sog. Ausschlussklauseln, d. h. in der Weise, dass in den allgemeinen⁴¹ oder besonderen⁴² Versicherungsbedingungen be-

³⁹ Roelli, Kommentar, 375.

⁴⁰ Botschaft, 1904, 48.

⁴¹ J. v. Gierke, 51: «Es sind vom Versicherer ausserhalb von Gesetzen und Satzungen aufgestellte Bestimmungen, welche typische Bestandteile seiner künftigen Versicherungsverträge bilden sollen.»

Die allgemeinen Versicherungsbedingungen sind auf eine Mehrzahl von Verträgen zugeschnitten. Sie sollen die zeitraubenden Verhandlungen des Einzelfalls wirkungsvoll abkürzen.

⁴² J. v. Gierke, 51: «Besondere Versicherungsbedingungen sind Vertragsbestimmungen des Versicherers, welche erst im Einzelfall besonders vereinbart werden.»

Sie dienen dazu, einem Einzelfall Rechnung zu tragen und Sonderwünsche eines einzelnen Kunden zu befriedigen. Sie bestehen in Zusätzen oder Abweichungen von den allgemeinen Bedingungen oder Vorschriften. Typische Sonderbestimmungen sind die sog. Sonderklauseln, welche der Versicherer aufstellt, damit sie in diesem oder jenem Einzelfall vereinbart werden können.

Ausnahmen bilden die beiden zwingenden Vorschriften in den Art. 63, Abs. 2 und Art. 59 VVG. Gemäss Art. 63, Abs. 2 gilt als Feuerschaden auch derjenige Schaden, der durch Löschen des Feuers oder durch notwendiges Ausräumen eintritt. Art. 59 VVG schreibt zwingend vor, dass sich der Umfang der Gefahr «auch auf die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers, sowie auf die Haftpflicht der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen» erstreckt. Unter diese Betriebe fallen landwirtschaftliche und kaufmännische Betriebe, auch Anwälte, Notare, Apotheker, die ihre Berufshaftpflicht decken. (Vgl. Ostertag, Komm., 173.)

stimmt wird, welche Gefahrereignisse ausgeschlossen werden. Die auszuschliessenden Ereignisse müssen bestimmt und unzweideutig ⁴³ festgelegt sein ⁴⁴. Das Gesetz hat in Art. 33 VVG eine wichtige Regel aufgestellt, nach der der Versicherer grundsätzlich für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse ⁴⁵ in bestimmter Fassung von der Versicherung ausschliesst.

B. Beurteilung der individuellen Gefahr

Um die Prämie versicherungstechnisch richtig erfassen zu können, muss sich der Versicherer über die Gefahrstatsachen Kenntnis verschaffen. Er muss wissen, wie gross die Möglichkeit des Eintritts des befürchteten Ereignisses ist. Nach der Anzahl und der Gewichtigkeit der Tatsachen entscheidet sich der Versicherer, ob und zu welchen Bedingungen er den Versicherungsvertrag abschliessen wird. Diesem Zwecke, der Beurteilung der individuellen Gefahr, dient die Anzeigepflicht.

I. Inhalt der Anzeigepflicht

Der Antragsteller oder dessen Stellvertreter hat bei Abschluss des Vertrages alle erheblichen Tatsachen anzuzeigen, soweit und so sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen ⁴⁶. Erheblich sind jene Tatsachen, die für die Beurteilung der Gefahr ausschlaggebend sind. Jene Tatsachen, nach welchen der Versicherer fragt, werden als erheblich vermutet ⁴⁷ (Art. 4, Abs. 3 VVG).

⁴³ Allgemeine Klauseln wie «jegliche Ausübung einer verbotenen Handlung» oder «jegliche Zuwiderhandlung gegen bestehende Gesetze und Verordnungen» sind unstatthaft (vgl. Botschaft, 1904, 49).

⁴⁴ Botschaft, 1904, 48 ff.

⁴⁵ Bspw. bestimmte Personen (Gebrechensklausel), Schäden bei kriegereischen Ereignissen und inneren Unruhen (BGE 50 II 216).

⁴⁶ Der Vertreter hat die ihm wie dem Vertretenen bekannten Tatsachen anzuzeigen (Botschaft, 1904, 34); SVA, VI, 51. Eine Erkundigungspflicht besteht aber nicht.

⁴⁷ SVA, V, 73 und IV, 60.

II. Verletzung der Anzeigepflicht

Eine Verletzung der Anzeigepflicht liegt vor, wenn der Antragsteller beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Tatsache, die er kannte oder hätte kennen müssen, auf Befragen des Versicherers unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat⁴⁸. Die Folge davon: der Versicherer kann vom Vertrage zurücktreten, wenn er binnen vier Wochen seit Kenntnis der Verletzung der Anzeigepflicht von seinem Rechte Gebrauch macht⁴⁹ (Art. 6 VVG). Diese Frist von vier Wochen dient den Interessen beider Parteien. Der Versicherer findet Zeit zur Erwägung, ob er den Vertrag dennoch annehmen will. Der Versicherungsnehmer seinerseits hat ein Interesse daran, dass die Frist nicht zu lange dauert, damit er weiss, woran er ist⁵⁰. Tritt der Versicherer zurück, so fällt der Vertrag dahin. Die Wirkungen greifen zurück auf den Zeitpunkt, in dem die Verletzung der Anzeigepflicht stattgefunden hat. Schon ausbezahlte Entschädigungssummen kann der Versicherer wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern (Art. 62 OR), aber nur bei irrtümlicher Bezahlung⁵¹, d. h. wenn der Versicherer bei der Auszahlung von der Verletzung der Anzeigepflicht noch keine Kenntnis besass.

Der Versicherer hat Anspruch auf die Prämie der noch laufenden Versicherungsperiode, weil er bis zum Zeitpunkt des

⁴⁸ Der Versicherer ist berechtigt, nach allen Umständen zu fragen, die geeignet sind, den Entscheid betreffend Annahme oder Ablehnung des Versicherungsantrages zu beeinflussen. Vgl. BGE 68, II, 328 und SVZ, 10, 360. SVA, IV, 82.

⁴⁹ Kisch vertritt die Auffassung, dass die Rücktrittserklärung aus Art. 6 VVG mangels Angabe der — richtigen — Gründe wirkungslos sei. Kisch begründet seinen Standpunkt mit der Rücksicht auf den Versicherungsnehmer. Derselbe müsse in die Lage versetzt werden, die Zulässigkeit des Rücktritts nachzuprüfen (Kisch, II, 317).

Diese Argumentation scheitert indessen schon an der Fassung des Gesetzes. Art 6 VVG und § 20 DVVG verlangen nur eine Rücktrittserklärung innert der Frist von vier Wochen. Man wird auch im gemeinen Recht vergeblich nach Momenten forschen, welche die Angabe von Gründen gerade nur beim versicherungsrechtlichen Rücktritt rechtfertigen. Es wäre keine soziale Pflicht, sondern eine soziale Schwäche, wollte man einem Versicherungsnehmer, der die Anzeigepflicht verletzt hat, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus noch rechtliche Mittel zuerkennen.

⁵⁰ Vgl. Sten. Bulletin, 1905, 143.

⁵¹ SVA, IV, 74.

Rücktritts die Gefahr getragen hat. Dies entspricht auch dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie (Art. 24 VVG).

Der Versicherer verliert das Rücktrittsrecht, wenn die verschwiegene oder unrichtig deklarierte Tatsache vor Eintritt des befürchteten Ereignisses weggefallen war (Art. 8 Ziff. 1 VVG). Das Rücktrittsrecht fällt auch dahin, wenn der Versicherer die Verschweigung oder die unrichtige Angabe selbst veranlasste, wenn er sie gekannt hat, wenn er sie hätte kennen müssen (Art. 8 Ziff. 2—4 VVG), oder wenn der Versicherer den Vertrag abgeschlossen hat, obgleich der Anzeigepflichtige eine ihm vorgelegte Frage überhaupt nicht beantwortet hat (Art. 8 Ziff. 6 VVG).

Die Pflicht zur Anzeige besteht auch bei Gefahrerhöhung (VVG Art. 30) und nach Eintritt des befürchteten Ereignisses (Art. 38 VVG). Auf diese letztgenannten Gebiete kann hier nicht weiter eingetreten werden, weil deren Behandlung nicht in den Rahmen dieser Arbeit gehört. Es sei auf die entsprechende Literatur verwiesen⁵².

Zweites Kapitel:

DER WEGFALL DER GEFAHR

Nach Abschluss des Versicherungsvertrages muss zwischen den Leistungen der Parteien ein bestimmtes Gleichgewicht bestehen. Die Leistung des Versicherungsnehmers besteht in der Zahlung der vereinbarten Prämie. Die Gegenleistung des Versicherers beruht im Versprechen, bei Eintritt des Ereignisses eine Vermögensleistung erbringen zu wollen; der Versicherer übernimmt die rechtliche Haftung.

Ein Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung hält aber nur an, wenn die Gefahrslage während der Vertragsdauer unverändert bleibt. Nun kann sich aber die Gefahrslage häufig ändern, bspw. durch eine Vermehrung oder Verminderung der

⁵² Roelli und Ostertag, Kommentare; Koenig, Versicherungsrecht; Kisch, Ehrenberg, Bruck u. a.

Gefahrsumstände. In jenem Fall spricht man von einer Gefahrerhöhung (Art. 28, 30 ff. VVG), in diesem Fall von einer Gefahrverminderung (Art. 50 VVG).

Eine Aenderung der Gefahrslage kann sich nun auch in der Weise einstellen, dass das Gleichgewicht zwischen der Leistung des Versicherungsnehmers und der Gegenleistung des Versicherers überhaupt aufgehoben wird. Dies trifft zu, wenn alle wandelbaren Tatsachen wegfallen, wenn als Folge einer solchen Aenderung die Möglichkeit des Eintrittes des befürchteten Ereignisses ausgeschlossen wird. Weil der Versicherungsfall hier nicht mehr eintreten kann, muss auch die rechtliche Haftung des Versicherers dahinfallen; der Versicherer trägt die Gefahr nicht mehr.

Es gibt drei Arten des Wegfalls: der Wegfall der gesamten Gefahr, der teilweise Wegfall der Gefahr und der zeitweise Wegfall der Gefahr. Der Begriff und die Merkmale der genannten Arten des Wegfalls werden in den folgenden Ausführungen dargelegt.

§ 3. DER WEGFALL DER GESAMTEN GEFAHR

A. Der Begriff und die Merkmale des Wegfalls der gesamten Gefahr

I. Der Begriff

Das Versicherungsvertragsgesetz hat den Wegfall der Gefahr nicht definiert. Die Auslegung dieses Begriffs lässt sich aber leicht aus den früher dargelegten Grundsätzen über die Gefahr ableiten. Unter Wegfall der gesamten Gefahr kann nur ein Wegfall aller wandelbaren Gefahrstatsachen verstanden werden, die die Möglichkeit des ungewissen Ereignisses begründet oder dann weitgehend auf diese Möglichkeit eingewirkt haben⁵³. Der Wegfall kann auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruhen⁵⁴.

⁵³ Roelli sieht im Wegfall der Gefahr einen Fall der *clausula rebus sic stantibus* (Roelli, Kommentar, 330). Doktrin und Praxis haben diese Auffassung übernommen. Vgl. SVA, V, 55; VI, 42; VII, 32, 89; VIII, 264.

⁵⁴ Vgl. Ehrenzweig, II, 136; Gantenbein, Diss. 52.

1. Der tatsächliche Wegfall der Gefahr

Als tatsächlicher Wegfall der Gefahr kann jener Zustand bezeichnet werden, der infolge einer äusseren Wendung der Umstände das befürchtete Ereignis überhaupt oder doch für eine gewisse Zeit ausschliesst. Zur Erläuterung: Der Kaufmann X versichert einen Warentransport. Aus irgend welchen Gründen kann die Durchführung des Transportes nicht stattfinden. Damit ist auch die Gefahr der Beschädigung oder Vernichtung von Gegenständen weggefallen. Für einen Automobilisten fällt die Gefahr der Haftpflicht weg, wenn er infolge einer Krankheit unfähig wird, ein Auto zu lenken. Für den Hauseigentümer fällt die Gefahr, dass sein Haus durch Feuer vernichtet oder beschädigt wird, weg, wenn er das Haus niederreissen lässt. Die Erstellung eines neuen Hauses lässt die alte Gefahr nicht mehr entstehen, sondern es wird dadurch eine neue Gefahr begründet, die vollständig ausserhalb des Rahmens des früheren Versicherungsvertrages fällt⁵⁵. Die Gefahr kann weggefallen aus beruflichen Gründen (ein Chauffeur gibt seinen Beruf auf) oder kraft amtlicher Verfügung (Verbot, mit Privatwagen zu fahren, wie es während den Kriegsjahren 1940 bis 1945 der Fall war).

2. Der rechtliche Wegfall der Gefahr

Ein rechtlicher Wegfall liegt vor, wenn die Haftung des Versicherers aus gesetzlichen oder vertraglichen Gründen ausgeschlossen wird⁵⁶. Das ungewisse Ereignis bleibt durchaus möglich, weil die Gefahrstatsachen als solche noch bestehen können. Aber wir haben es hier mit einem Sachverhalt zu tun, der die rechtliche Gebundenheit des Versicherers «für ein dem Versicherungsfall im übrigen durchaus entsprechendes Ereignis»⁵⁷ ausschliesst. Zur Erläuterung seien folgende Beispiele angeführt: Ein Motorradfahrer gibt das Nummernschild ab. Damit muss aber die Gefahr eines Unfalls von der Art des befürchteten Er-

⁵⁵ Vgl. Roelli, Kommentar, 330; unrichtiger Entscheid: SVA, VI, 43.

⁵⁶ Roelli, Kommentar, 330: «Die Verlegung des vertraglich vereinbarten Standortes stellt, ohne Rücksicht auf die Grösse des veränderten Risikos, eine andere Gefahr dar ...»

eignisses nicht untergegangen sein. Die Abgabe des Nummernschildes löscht nur die Leistungspflicht des Versicherers, führt m. a. W. einen rechtlichen Wegfall der Gefahr herbei. Oder ein Forscher, der bei einer Lebensversicherungs-Gesellschaft auf Todesfall versichert ist, begibt sich in die Tropen, obgleich die Tropengefahr von der Gesellschaft nicht übernommen wurde. Auch hier liegt ein rechtlicher Wegfall der Gefahr vor.

Hinsichtlich der Gründe ist es vollkommen gleichgültig, welcher Natur sie sind. Die Wirkung ist in beiden Fällen die gleiche: das Vertragsverhältnis geht unter oder wird suspendiert, bis die gleiche Gefahr wieder auflebt (zeitweiser Wegfall der Gefahr).

Das Versicherungsrecht misst der Frage des Verschuldens eine grosse Bedeutung zu, so in der Anzeigepflicht, in der Gefahrerhöhung oder beim Versicherungsfall (Art. 14 VVG). Beim Wegfall der Gefahr aber kann ein Zutun oder ein Verschulden des Versicherungsnehmers nie zu Gunsten des Versicherers bewertet werden. Denn der Versicherungsnehmer ist in keiner Weise zur Aufrechterhaltung des Gefahrzustandes verpflichtet⁵⁷. So schreibt Jaeger⁵⁸ in der Erläuterung des Interessebegriffes: «Gleichgültig ist, ... ob er (der Versicherungsnehmer) selbst den Wegfall des Interesses herbeigeführt habe oder nicht. Es besteht auch im ersteren Falle keinerlei Schadenersatzpflicht.» Dies gilt auch für den Wegfall der Gefahr. Eine abweichende Ordnung würde dem Ziel und dem Inhalt des Versicherungswesens überhaupt widersprechen⁶⁰.

II. Die Merkmale

Für den Wegfall der gesamten Gefahr sind drei wesentliche Voraussetzungen erforderlich. Einmal müssen alle wandelbaren Gefahrstatsachen weggefallen sein oder sonstwie ihre versicherungsrechtliche Bedeutung verloren haben. Sodann muss Gewiss-

⁵⁷ Ehrenzweig, II, 136.

⁵⁸ a. A. Grieshaber, 42 ff.; gegen diese: Haymann, «Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrage». 66.

⁵⁹ Jaeger, II, 50.

⁶⁰ Vgl. Bruck, 501; Kisch, II, 152 ff.; Jaeger, II, 50 ff.; Ehrenberg in ZGVW, 6, 369 ff.; Motive, II, 48.

heit darüber bestehen, dass das Ereignis nicht mehr eintreten kann. Schliesslich muss der Wegfall der Gefahr in den zeitlichen Geltungsbereich des Versicherungsvertrages fallen.

1. Der Wegfall aller wandelbaren Gefahrstatsachen

Der Wegfall der gesamten Gefahr setzt einen Wegfall aller wandelbaren Gefahrstatsachen voraus⁶¹. Dass sich die Gefahr auf einen geringen Grad herabgesetzt hat, genügt nicht zur Annahme eines Wegfalls im eigentlichen Sinne des Wortes. Soweit die Möglichkeit des Eintritts eines ungewissen, befürchteten Ereignisses nicht förmlich ausgeschlossen ist, muss die Existenz einer Gefahr, mag sie auch noch so gering sein, angenommen werden. Wird bspw. die Gefahr des Diebstahls durch besondere Vorsichtsmassregeln und technische Verbesserungen auf ein Minimum beschränkt, so ist die Ereignismöglichkeit sicherlich stark vermindert, aber durchaus nicht ausgeschlossen. Der Wegfall fordert begrifflich den restlosen Untergang aller Schadensmöglichkeit.

Nahe verwandt dem Wegfall der Gefahr ist der Sachverhalt, dass jemand die von seinem freien Willen abhängigen Gelegenheiten, mit deren Ausübung oder Verwirklichung das befürchtete Ereignis eintreten könnte, in der Tat nicht oder nur vereinzelt ausnützt. Dies trifft zu, wenn ein gegen Haftpflicht versicherter Jäger das ihm zustehende Revier nicht oder nur selten zur Jagd gebraucht, obgleich ihm die volle Ausübung der Jagd freisteht. In diesem Zusammenhang kann von einem Wegfall der Gefahr nicht die Rede sein. Die Gefahr ruht nur, sie ist nicht untergegangen.

2. Die Gewissheit über den Wegfall

Das zweite notwendige Merkmal des Wegfalls ist die Gewissheit darüber, dass die Versicherungsgefahr nicht mehr besteht.

⁶¹ Die unwandelbaren Tatsachen (Alter, frühere Krankheiten) können nicht wegfallen, weil sie sich nicht ändern können. Für den Wegfall der Gefahr genügt aber der Wegfall der wandelbaren Tatsachen, weil besonders diese geeignet sind, den Eintritt des Ereignisses zu bewirken.

Die Wahrscheinlichkeit oder gar die Vermutung, die Gefahr sei weggefallen, erfüllt das Erfordernis der Gewissheit nicht.

Ob die Gefahr weggefallen ist, hängt nicht von den subjektiven Anschauungen der beiden Parteien ab, sondern von der Auffassung, welche jeder verständige und sachkundige Mensch auf Grund der gegebenen Umstände gewinnen muss. Die vorliegenden Tatsachen müssen geprüft werden. Eine Untersuchung, gestützt auf die Ergebnisse der Erfahrung, soll entscheiden, ob die nämlichen Umstände in Tat und Wahrheit nicht mehr geeignet sind, das Ereignis herbeizuführen. Im Grunde genommen ist eine geistige Tätigkeit gleicher Art erforderlich, wie sie zur Feststellung der Existenz einer Gefahr geboten war. Nur dass das Urteil in dem einen Fall ein bejahendes (Vorliegen der Gefahr) und im andern Fall ein verneinendes Resultat (Wegfall der Gefahr) darstellt.

Nach Roelli⁶² ist es nicht notwendig, dass die Gefahrstatsachen tatsächlich wegfallen. Die Gewissheit, dass die Tatsachen objektiv bedeutungslos geworden sind, erfülle die Voraussetzungen des Wegfalls. In diesem Sinne wäre es zu beurteilen, wenn der Versicherer zukünftig diese oder jene Tatsache nicht mehr als Gefahrmoment betrachtet.

Wie verhält es sich, wenn zwischen den Parteien über die Frage des Wegfalls ein Streit entstünde? Unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Vertragslehre müsste alsdann der Wegfall von derjenigen Partei dargelegt werden, die sich darauf beruft. In der Regel wird dies der Versicherungsnehmer sein, der aus diesem Tatbestand einen Vorteil ableiten möchte.

3. Der Zeitpunkt des Wegfalls

Der Wegfall der Gefahr ist rechtlich nur dann beachtlich, wenn er in den zeitlichen Geltungsbereich des Vertrages fällt. Wie der Eintritt des befürchteten Ereignisses nur in diesem

⁶² Roelli, Kommentar, 313 ff.; ebenfalls ist eine Gefahrstatsache nicht schon dann weggefallen, wenn sie als solche beseitigt ist. Die Gefahr darf auch in ihren Wirkungen nicht mehr fortbestehen. So fällt für jenen Forscher, der aus den Tropen heimkehrt, die Gefahr nicht weg, wenn er ein Tropenfieber mitbringt.

Zeitraum Wirkungen hervorbringen kann, so vermag auch der Unmöglichkeit des Ereignisses nur innerhalb dieser Grenzen rechtliche Bedeutung zuzukommen. Die Grenzpunkte des zeitlichen Wirkungskreises bilden einerseits der Zeitpunkt des Antrages seitens des Versicherungsnehmers und anderseits der Zeitpunkt des Ablaufs der Vertragsdauer⁶³. Dass vor Beginn der ersten vertraglichen Fühlungnahme eine Sachlage geschaffen wird, kraft der die Ereignismöglichkeit ausgeschlossen wird, ist hinsichtlich der Wirkungen vollkommen irrelevant. Der Umstand, dass während der Versicherungsdauer die Gefahr sich nicht verwirklichte, bedeutet erst recht keinen Wegfall der Gefahr. Denn diese Erscheinung beweist nicht, dass ein Eintritt des Ereignisses nach der Lage der Umstände tatsächlich unmöglich war. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die eine oder die andere Partei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von dieser späteren Entwicklung der Dinge Kenntnis besass oder nicht.

B. Der Wegfall der Gefahr und der Wegfall des Interesses

I. Interesse und Gefahr

In der gesamten Versicherungsliteratur wird dem Interessebegriff ein überaus weiter Raum gewährt. Eine nähere Ergründung in diesem Zusammenhang ist deshalb nicht überflüssig.

Art. 48 VVG bezeichnet das wirtschaftliche Interesse als den Gegenstand der Versicherung, ohne das Interesse zu definieren. Jaeger⁶⁴ versteht unter Interesse «die rechtliche Beziehung zu einem wirtschaftlichen Gut». Bruck⁶⁵ sieht im Interesse den Zentralbegriff des Versicherungsvertrages und bezeichnet das Interesse an der versicherten Sache als den Gegenstand der Schadensversicherung. Das Wesen des Interesses beruht nach Bruck in einem Beteiligtsein an Etwas, in der Beziehung zu einer Sache, zu einem ganzen Vermögen, kurz zu einem Gut.

⁶³ Vgl. unten: Bes. Teil. § 6, A, I, 2.

⁶⁴ Jaeger, II, 33.

⁶⁵ Bruck, 477.

Kisch⁶⁶ versteht unter Interesse eine bedrohte, einem Schaden ausgesetzte Beziehung.

Welcher Zusammenhang besteht zwischen Gefahr und Interesse? Von Gefahr sprechen wir dann, wenn ein Gut einem ungewissen Ereignis ausgesetzt ist. Die rechtliche Beziehung zu diesem Gut ist das Interesse. Fällt das Interesse weg, so fehlt nachher diese Beziehung zum Gut, welches von der Gefahr im Falle des Eintritts des Ereignisses getroffen wird. Fällt die Gefahr weg, so bleibt zwar die Beziehung zum Gut bestehen, aber dieses Gut ist keiner wirtschaftlichen Schädigung mehr ausgesetzt. Eine Identität besteht nicht; indessen kann die Verschiedenheit nur eine theoretische⁶⁷ sein. Praktisch müssen beide Fälle die nämlichen Wirkungen haben, da es sich auf beiden Seiten nur um den Wegfall des konkreten Interesses handeln kann⁶⁸. So schreibt Roelli⁶⁹, dem Versicherungsnehmer müsse das Rücktrittsrecht überall da zugestanden werden, wo die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses der veränderten Umstände wegen zwecklos sei. Diese Voraussetzung sei namentlich dann gegeben, wenn das versicherte Interesse oder die Gefahr nicht mehr bestehe. Jaeger⁷⁰ vertritt den gleichen Standpunkt: «Fehlte das Interesse von Anfang an, ... so muss der Grundsatz des Art. 9 auch für diesen Fall anwendbar sein ...» Da dem Interessebegriff demnach keine grosse praktische Bedeutung zukommt, kann man sich mit Recht fragen, ob sich die Existenz dieses Begriffes überhaupt rechtfertigt. Lässt sich vielleicht der Interessebegriff ausschalten? Diese Frage sei im Folgenden der Gegenstand unserer Ausführungen.

II. Der Interessebegriff im Versicherungsvertrag

In der Versicherungswissenschaft gibt es zwei Haupttheorien. Die eine sieht im Interesse den Gegenstand, eine grund-

⁶⁶ Kisch, III, 11.

⁶⁷ Vgl. Jaeger, II, 49.

⁶⁸ Vgl. Kisch, II, 150.

⁶⁹ Roelli, Kommentar, 320.

⁷⁰ Vgl. Jaeger, II, 48 ff.

legende Voraussetzung des Vertrages ⁷¹. Die andere misst dem Interessebegriff keine beachtenswerte Bedeutung zu ⁷².

Welche Bedeutung soll dem Interessebegriff zukommen? Jaeger ⁷³ sagt unter anderem: Der Zweck des Interessebegriffes sei einmal die Ausschaltung der Wettversicherungen. Sodann ermögliche der Interessebegriff die Versicherung verschiedener Interessen am nämlichen Gegenstand. Die modernen Versicherungsarten (Kautions-, Haftpflicht-, Kredit-, Patentversicherung u. a.) seien durch den Interessebegriff möglich geworden.

Ob der Interessebegriff die Wettversicherung ausgeschaltet und die Einführung der oben genannten Versicherungszweige ermöglicht hat, darf bezweifelt werden. Dass diese Wirkungen gerade der Aufstellung des Interessebegriffs zuzuschreiben sind, müsste schon zutreffender begründet werden.

Die gegenteilige Auffassung hinsichtlich des Zwecks des Interessebegriffs vertritt Koenig ⁷⁴, wenn er schreibt, der Interessebegriff sei entbehrlich, wenn neben den Sachen und Personen auch das Vermögen als Gegenstand der Versicherung anerkannt werde. Jaeger ⁷⁵ wendet dagegen ein: «Damit, dass man hier das Vermögen als Gegenstand der Versicherung erklärt, wird der Interessebegriff nicht entbehrlich. Ohne ihn kann auch in diesem Fall der Betrag der Schädigung und damit die Leistung des Versicherers nicht bestimmt werden.» Nur wenn auf das Interesse abgestellt wird, sei dem Versicherer die richtige Risikoauswahl und Prämientaxation nach zutreffenden Grundsätzen möglich.

In diesem Sinne würde aber das Interesse nur dazu dienen, die versicherte Gefahr, bzw. den versicherten Schaden zu charakterisieren. Warum werden anstatt des Interessebegriffes nicht einfach die Begriffe «Gefahr» und «versicherte Gefahr», «Schaden» und «versicherter Schaden» verwendet? Wir sind der Ansicht, dass mit der Ausschaltung des Interessebegriffs

⁷¹ Bruck, Jaeger, Ehrenberg, Kisch u. a. m.

⁷² Ehrenzweig, Koenig, Gantenbein.

⁷³ Jaeger, II, 30.

⁷⁴ Koenig in «Der Gegenstand der Versicherung. Eine systematische Begründung des Versicherungsrechts ohne den Interessebegriff». Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N. F., Heft 63, 1931.

⁷⁵ Jaeger, II, 30.

eine weit klarere Rechtslage geschaffen würde. Der Interessebegriff hat in der Wissenschaft mehr Verwirrung als Ordnung hervorgebracht. So sagt auch Ehrenzweig⁷⁶: Die Frage, ob das Interesse, der Versicherte, die Sache oder der Schaden Gegenstand der Versicherung sei, ist eine Angelegenheit des Ausdrucks, ohne allen rechtlichen Belang. Ebenfalls Gantenbein⁷⁷: «Alle die verschiedenen ‚Interessen‘ bezeichnen Beziehungen, welche lediglich dazu dienen, den versicherten Schaden zu charakterisieren.» Zur Erhärtung dieses Standpunktes sei folgendes bemerkt: Durch den Versicherungsvertrag will der Versicherungsnehmer sich vor Gefahren schützen. Verwirklicht sich eine Gefahr, so kann damit ein Schaden verbunden sein. Schaden besagt begrifflich eine Einbusse, die das Vermögen einer Person trifft. Diese Einbusse muss für jemanden entstehen, denn «die Beschädigung einer herrenlosen und nicht anspruchigen, also interessefreien Sache ist kein Vermögensschaden, also zivilrechtlich gleichgültig»⁷⁸, m. a. W. der Schaden muss mit einer Person in Beziehung stehen. Diese subjektive Bindung ist nicht bloss dem Versicherungsrecht eigen, sondern gilt genau gleich für das gemeine Schadenersatzrecht⁷⁹. Daraus folgt, dass ein Schaden ohne die subjektive Beziehung rechtlich nicht vorstellbar sein kann. Ebenso wenig kann aber das Interesse aus dem Gefahrsbegriff losgelöst werden. Ohne die subjektive Beziehung zu einer Person besteht rechtlich keine Gefahr, weil ein Ereignis für die Versicherung irrelevant erscheint. Die Abtrennung des Interessebegriffs ist unmöglich: «Gefahr und Schadensbegriff stehen in unlöslicher Beziehung zum Interessebegriff»⁸⁰. Sie sind zwar nicht identisch, doch könnte man ohne den Interessebegriff sehr gut auskommen. So sagt auch Koenig⁸¹: «In der Praxis hat übrigens das Interesse schon bisher trotz aller Theorien keineswegs die Rolle gespielt, die ihm nach seinen Verfechtern zukommen

⁷⁶ Ehrenzweig, II, 378.

⁷⁷ Gantenbein, Diss. 35.

⁷⁸ Ehrenzweig, ZGVW, 1931, 376.

⁷⁹ So auch Ehrenzweig, II, 375; vgl. Guhl, Lehrbuch, 61.

⁸⁰ Jaeger, II, 33.

⁸¹ Koenig, Gegenstand der Versicherung, 100 ff.

müsste.» Und weiter: «Weder in der Personen-, noch in der Sach- und Vermögensversicherung wird beim Vertragsschluss nach dem Interesse und dem Interessenten geforscht.»

Abschliessend sei darauf verwiesen, dass jede Gefahr eine objektive und eine subjektive Seite aufweist. Die objektive Gefahr umfasst alle Gefahrstatsachen, die den Versicherungsgegenstand bedrohen. Die subjektive Gefahr ist nichts anderes als die wirtschaftliche Gefahr des Rechtssubjektes. Diese Beziehung mag Interesse genannt werden. Für den Bestand der Gefahr sind beide Faktoren erforderlich. Das Fehlen oder der Wegfall des einen wie des andern bewirkt, dass der Vertrag nicht geschlossen werden kann, bzw. hinfällig wird.

§ 4. DER TEILWEISE WEGFALL DER GEFAHR

A. Der Begriff und die Merkmale des teilweisen Wegfalls der Gefahr

I. Der Begriff

Unter teilweisem Wegfall der Gefahr versteht man eine solche Aenderung der Gefahrslage, die durch einen teilweisen Wegfall der wandelbaren Gefahrstatsachen herbeigeführt wurde. Der nicht betroffene Teil der Gefahr bleibt bestehen, kann nach versicherungstechnischer Würdigung geeignet sein, das ungewisse Ereignis noch auszulösen⁸². Nur in diesem Sinne kann von einem teilweisen Wegfall gesprochen werden⁸³.

Die folgenden Beispiele sollen den Sachverhalt illustrieren. In der Sachversicherung liegt ein teilweiser Gefahrwegfall vor, wenn ein Teil der zu versichernden Sachen vor Vertragsabschluss, im Zeitpunkt des Abschlusses oder während der Vertragsdauer aus irgendwelchen Gründen von der Versicherung ausgeschlossen wird. So in der Transportversicherung, wenn

⁸² Unter Umständen erscheint dieser Gefahreteil dem Versicherer als unerheblich. In diesem Fall müssen die Wirkungen des Wegfalls der gesamten Gefahr eintreten.

⁸³ Das VVG hat den teilweisen Wegfall nicht geregelt, sondern der Bestimmung in Art. 20, Abs. 2 OR unterstellt. Vgl. Roelli, Kommentar, 141.

im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einzelne Frachtgutteile schon befördert waren. In der Feuerversicherung, wenn eines der versicherten Gemälde gestohlen wird. Ein teilweiser Eintritt des Ereignisses⁸⁴ darf hier nicht angenommen werden, weil das abhanden gekommene Objekt nicht durch das vertragliche Ereignis betroffen wurde; es fällt deshalb ausserhalb des Rahmens der Versicherung. Die noch vorhandenen Gemälde bleiben aber weiterhin der Gefahr der Vernichtung oder Beschädigung durch Feuereinwirkung ausgesetzt. In der Haftpflichtversicherung trifft ein teilweiser Gefahrswegfall dann zu, wenn ein Motorradfahrer den in die Versicherungsgefahr eingeschlossenen Sozium wegnehmen lässt. Die Wegnahme bekundet den Entschluss, es soll keine zweite Person mehr mitfahren. Versicherungsrechtlich wird damit die Möglichkeit der Tötung oder Verletzung einer mitfahrenden Person rechtlich ausgeschlossen. In der Summenversicherung wird ein gleicher Sachverhalt dann geschaffen, wenn ein Versicherungsnehmer, der den Einschluss des beruflichen Flugrisikos in die Lebensversicherung beantragt hatte, inzwischen als fluguntauglich erklärt worden ist. Fälle dieser oder ähnlicher Art liessen sich noch viele nennen. Diese Beispiele sollen jedoch genügen, den tatbeständlichen Vorgang des teilweisen Gefahrwegfalls klarzustellen.

II. Die Merkmale

Im allgemeinen gelten die gleichen Grundsätze, welche für den Wegfall der gesamten Gefahr festgelegt wurden. Ein teilweiser Gefahrwegfall ist nur im zeitlichen Bereich des Vertrages rechtlich relevant; also nur dann, wenn der teilweise Wegfall zwischen Vertragsschluss und Ende der Versicherungsdauer erfolgt. Ein Wegfall vor Beginn oder nach Ablauf der Versicherung kann nie von Bedeutung sein. Im weitern gilt auch hier der Grundsatz, dass ein Zutun oder Verschulden des Versicherungsnehmers hinsichtlich der Wirkungen des teilweisen Wegfalls gleichgültig sind.

⁸⁴ Der Eintritt des Ereignisses zeitigt die gleichen Wirkungen wie der Wegfall; Teilschaden nach Art. 42 VVG.

Im speziellen müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einmal muss ein Teil der ursprünglich fixierten Gefahr weggefallen sein. Sodann muss dieser weggefallene Gefahrenanteil versicherungstechnisch wesentliche Tatsachen umfassen.

*1. Der Wegfall eines Teils der Gefahr*⁸⁵

Es muss Gewissheit darüber bestehen, dass einzelne bestimmte Gefahrstatsachen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ihren Einfluss auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses verloren haben. Die Wahrscheinlichkeit des Ereignisses muss hinsichtlich eines Gefahrenanteils ausgeschlossen sein.

Wann ein teilweiser Wegfall vorliegt, wird nach objektiver Feststellung bestimmt. In diesem Sinne hat das deutsche Reichsoberhandelsgericht zutreffend entschieden, wenn es sagt⁸⁶, es komme nicht darauf an, was der Versicherer oder andere für feuergefährlich ansehen oder nicht, sondern nur darauf, was nach der regelmässigen Anschauung des Verkehrs dafür zu gelten hat. Ohne diese Bestimmtheit ist ein Wegfall der Gefahr überhaupt nicht denkbar.

2. Der Wegfall wesentlicher Tatsachen

Der Versicherer stellt bei Vertragsschluss auf die allgemeine Gefahrslage ab, auf die Beschaffenheit aller für ihn wichtigen Tatsachen, auf die Tatsachen, «die für die Wertung des angebotenen Risikos in Betracht fallen»⁸⁷. Es wurde schon oben auf die ständige Veränderung aufmerksam gemacht, die sich zeitweise gefahrerhöhend, dann wieder gefahrvermindernd auswirken kann. Positivrechtlich wird für die Gefahrerhöhung das Merkmal der Wesentlichkeit gefordert (Art. 28 VVG). Un-

⁸⁵ Der teilweise wie der gesamte Wegfall muss die Gefahr treffen, gegen welche die Versicherung gewährt wurde. Wenn ein Taxihalter, der eine Haftpflicht- und eine Lebensversicherung genommen hat, die Zahl seiner Automobile reduziert, so ist dies nur für die erste, nicht aber für die zweite Versicherungsart erheblich.

Hiernach kann, je nach der Art der Versicherung, ein und derselbe Wegfall das eine Mal als erheblich erscheinen, das andere Mal nicht.

⁸⁶ Zitiert bei Kisch, II, 446, Anm. 6.

⁸⁷ Roelli, Kommentar, 72.

wesentliche Veränderungen der Gefahrslage werden nicht beachtet; sie gehen zu Lasten des Versicherers.

Analog dieser Ordnung muss es sich auch beim teilweisen Wegfall um den Wegfall wesentlicher Tatsachen handeln. Der Versicherungsnehmer soll sich nicht auf Grund belangloser Verschiebungen der Gefahrslage auf einen teilweisen Wegfall berufen können.

Massgebend für die Wesentlichkeit der weggefallenen Tatsachen ist die Beurteilung der veränderten Umstände nach den objektiven, für die betreffende Versicherungsbranche zutreffenden Merkmale, nicht aber nach «den Auffassungen des Versicherungsnehmers oder etwa den Tarifklassen des konkreten Versicherers»⁸⁸. Analog zu den Ausführungen Roellis⁸⁹ zu Art. 28 VVG kann gesagt werden: Die wandelbare Gefahrstatsache, deren nachträgliche Hinfälligkeit als teilweiser Wegfall bewertet werden soll, muss beim Vertragsschluss für die Beurteilung der Gefahr erheblich gewesen sein. Welche Tatsachen erheblich waren, bestimmt sich nach Art. 4 VVG. Damit sind eine grosse Anzahl von wandelbaren Tatsachen ausgeschieden, selbst wenn diese durch ihren Wegfall eine Aenderung der Gefahrslage herbeiführen.

B. Abgrenzung gegenüber ähnlichen Tatbeständen

Den Gegenstand der folgenden Ausführungen bildet eine kurze Abgrenzung des teilweisen Gefahrswegfalls gegenüber der Gefahrverminderung (Art. 23 VVG) und der Verminderung des Versicherungswertes (Art. 50 VVG).

I. Der teilweise Wegfall und die Gefahrverminderung

Art. 23 VVG hält für die Gefahrverminderung zwei wesentliche Merkmale fest: Einmal muss es sich um den Wegfall von Tatsachen handeln, die bei Vertragsabschluss als gefahrerhöhende Umstände berücksichtigt worden sind. Sodann müssen diese Tatsachen im Verlaufe der Versicherung wegfallen.

⁸⁸ Ostertag, Kommentar, Anm. 9 zu Art. 28 VVG; vgl. BGE 32, II, 688.

⁸⁹ Roelli, Kommentar, 336 ff.

Zur ersten Voraussetzung: Der gefahrerhöhende Umstand muss bestimmt bezeichnet sein, bspw. die weiche Bedachung des gegen Feuergefahr zu versichernden Hauses. Ein solcher Umstand bringt nämlich regelmässig eine Erhöhung der Prämie mit sich.

Zur zweiten Voraussetzung: Die vertragsmässige Wertung einer gefahrerhöhenden Tatsache wird rechtlich dann bedeutsam, wenn diese Gefahrstatsache nach Vertragsschluss wegfällt, wenn bspw. die in der Nachbarschaft befindliche explosionsgefährliche Fabrik geschlossen wird, wenn das weich bedachte Haus mit Ziegeln gedeckt wird. Mit dem Wegfall dieser Tatsache erfüllt sich der Tatbestand der Gefahrverminderung.

Der teilweise Wegfall der Gefahr verwirklicht sich mit dem Ausschluss jeder erheblichen Tatsache; diese Tatsache braucht nicht *expressis verbis* als eine gefahrerhöhende bezeichnet worden sein. In beiden Fällen muss es sich aber um wesentliche Tatsachen handeln: «Die Bestimmung greift nicht schon da Platz, wo infolge Aenderung der Risikoverhältnisse . . . die Gefahr im Laufe der Versicherung tatsächlich vermindert worden ist⁹⁰.» Unwesentliche Gefahrvermindierungen sollen dem Versicherer zugute kommen⁹¹, wie er alle erfahrungsgemäss mit der Gefahr verbundenen und nicht auf vertragswidriger Aenderung beruhenden Gefahrerhöhungen⁹² zu tragen hat.

Die Verschiedenheit der beiden Erscheinungen zeigt sich auch in den Wirkungen. Der teilweise Gefahrwegfall berechtigt nach Treu und Glauben zu einer Teilkündigung oder sogar zum Rücktritt vom Vertrage⁹³. Mit der Teilkündigung ergibt sich zwar ein zu Art. 23 VVG analoges Resultat⁹⁴. Doch gewährt Art. 23 VVG nur einen Anspruch auf Prämienreduktion; auf keinen Fall aber ein Kündigungsrecht⁹⁵. Die Prämienreduktion bestimmt sich nach dem Tarif.

⁹⁰ Roelli, Kommentar, 313.

⁹¹ Roelli, Kommentar, 332.

⁹² Vgl. BGE 31, II, 695.

⁹³ Vgl. unten § 10, II.

⁹⁴ Vgl. Jaeger, II, 69; Gantenbein, Diss. 57.

⁹⁵ SVA, V, 56.

II. Der teilweise Wegfall und die Verminderung des Versicherungswertes

Unter Versicherungswert versteht man den Betrag, «um den das Vermögen des Versicherungsnehmers... bei Eintritt der Gefahr im Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses reduziert würde»⁹⁶. Das ist demnach der Wert, den der versicherte Gegenstand zur Zeit des Vertragsabschlusses aufweist. Die äusserste Grenze der Ersatzpflicht bei vollständiger Vernichtung des Gegenstandes wird fixiert durch die sog. Versicherungssumme⁹⁷.

Es kann nun vorkommen, dass der Versicherungswert aus irgendwelchen Gründen herabgesetzt wird. Die Ursachen können in einer allgemeinen Veränderung der Wertverhältnisse liegen, oder im Ausscheiden einer Sache aus der Gesamtheit der versicherten Gegenstände. Wenn die festgesetzte Versicherungssumme den Versicherungswert nun übersteigt, so liegt die sog. Ueberversicherung⁹⁸ vor.

Der teilweise Wegfall der Gefahr und die Verminderung des Versicherungswertes sind inhaltlich und hinsichtlich der Wirkungen verschieden. Eine Veränderung der Gefahrenlage beruht auf dem Anwachsen oder Abnehmen der verschiedenen Gefahrenmomente. Eine Veränderung des Versicherungswertes wird in den meisten Fällen schon durch den Ablauf der Zeit eintreten. Zwischen den beiden Erscheinungen besteht kein Zusammenhang. Vermindert sich der Wert einer Limousine um Fr. 5000.-, so muss damit nicht notwendig die drohende Gefahr gewichen sein. Die Ereignismöglichkeit hat sich vielleicht sogar verstärkt.

Die Verschiedenheit hinsichtlich der Wirkungen liegt darin, dass der Versicherungsnehmer im Falle einer Verminderung des Versicherungswertes nur auf eine verhältnismässige Herabsetzung der Versicherungssumme und auf eine Ermässigung der Prämie berechtigt ist⁹⁹. Die gleiche Wirkung also wie bei der

⁹⁶ Jaeger, II, 57.

⁹⁷ BBl, 1904, I, 307 ff.

⁹⁸ Der Begriff «Ueberversicherung» stellt auf das Verhältnis zwischen Versicherungssumme und Versicherungswert ab.

⁹⁹ SVA, IV, 40.

Gefahrverminderung. Weigert sich der Versicherer, die Versicherungssumme nach Art. 50 VVG herabzusetzen, so kann der Versicherungsnehmer trotzdem nicht vom Vertrag zurücktreten¹⁰⁰. Der teilweise Gefahrwegfall aber berechtigt zu einer Teilkündigung oder zum Rücktritt vom Vertrag. Die Begriffe «teilweiser Gefahrwegfall» und «verminderter Versicherungswert» müssen deshalb auseinandergehalten werden.

§ 5. DER ZEITWEISE WEGFALL DER GEFAHR

Das Versicherungsvertragsgesetz hat diese Art des Wegfalls nicht geregelt. Eine gesetzliche Ordnung erübrigt sich deshalb, weil es sich hier um eine Wegfallsart handelt, die insbesondere in der Autohaftpflichtversicherung, in vereinzelten Fällen auch in der Sachversicherung von praktischer Bedeutung ist. Sodann handelt es sich um eine Wegfallsart, die sich aus dem Wegfall der gesamten Gefahr herausgebildet hat. Die Gründe hierfür beruhen in einer praktischen Ueberlegung. Ausgehend von der Tatsache, dass ein Wegfall der gesamten Gefahr grundsätzlich den Vertrag hinfällig macht, wollte man in jenen Fällen den Vertrag nur sistieren, in denen ein Wiederentstehen der gleichen Gefahr zu erwarten war. Man stellte sich die Gefahr nicht als weggefallen, sondern nur als ruhend vor. Für diese Handhabung sprechen vor allem die praktischen Vorteile, die besonders dem Versicherungsnehmer zugute kommen. Auf Einzelheiten wird in den folgenden Darlegungen noch näher eingetreten. Vorest sind die begrifflichen Voraussetzungen zu betrachten.

A. Der Begriff und die Merkmale des zeitweisen Wegfalls der Gefahr

I. Der Begriff

Der zeitweise Gefahrwegfall kann als ein zeitweiser Ausschluss der Ereignismöglichkeit umschrieben werden. Es handelt sich um eine Abart des Wegfalls der gesamten Gefahr. Der

¹⁰⁰ SVA, VIII, 184.

Unterschied liegt allein darin, dass der zeitweise Wegfall begrifflich die Wahrscheinlichkeit des Wiedereintritts der weggefallenen Gefahr bedingt.

An erster Stelle zu nennen ist als häufiger Fall der zeitweise Risikowegfall in der Autohaftpflichtversicherung. Die Gefahr fällt in der Haftpflichtversicherung dann weg, wenn das Vermögen des Versicherten nicht mehr haftpflichtig werden kann¹⁰¹. Diese Wirkung muss eintreten, wenn die Fahrzeuge aus dem Verkehr gezogen werden. Dies geschieht nun sehr häufig¹⁰². Es ist an sich vollkommen gleichgültig, wie der zeitweise Gefahrwegfall zustande kommt. Treffen die Voraussetzungen (vgl. II) zu, dann können die Verträge sistiert werden. Dann ruhen die vertraglichen Rechte und Pflichten bis zu dem Zeitpunkt, in dem die ruhende Gefahr wiederauflebt.

Hinsichtlich der Sachversicherung diene als Beispiel die Bestimmung in Art. 18 der Vertragsbedingungen der «FARA-BEWA»¹⁰³. Dort findet sich folgende Regel: «Der Versicherungsnehmer kann bei Vorliegen von wichtigen Gründen¹⁰⁴ die Farabewa AG. um vorübergehende Sistierung des Vertrages ersuchen.» Dieser Bestimmung liegt die Verwirklichung eines zeitweisen Gefahrwegfalls zugrunde.

In den übrigen Zweigen der Sachversicherung ist diese Wegfallsart selten anzutreffen. Den Grund hierfür sehen wir darin, dass die Gefahr der Vernichtung, des Verlustes oder der Beschädigung einer Sache schwerlich für eine längere Frist als unwirksam dargetan werden kann. Die mannigfachen Veränderungsmöglichkeiten der Sachrisiken beruhen zur Hauptsache in einem gesamten oder teilweisen Wegfall, in einer Erhöhung oder Verminderung der Gefahrslage. Denkbar wäre die Erfüllung eines zeitweisen Wegfalls nur in der Form eines rechtlichen Risikoausschlusses. Ein tatsächlicher Wegfall dürfte nur in seltenen Fällen zutreffen. In der Summenversicherung scheint diese

¹⁰¹ Klopfenstein, Diss. 56.

¹⁰² Viele Automobilisten stellen bspw. ihre Fahrzeuge während der Winterzeit ein.

¹⁰³ Die «Farabewa», Zürich, versichert Fahrräder gegen Diebstahl in Verbindung mit einem Bewachungs- und Fahndungsdienst.

¹⁰⁴ z. B. ärztliche Anordnung, dass der Vertragsnehmer das Fahrrad für eine bestimmte Zeit nicht mehr benutzen darf.

Form der Gefahrsänderung nicht vorzukommen. Wer könnte wohl dartun, dass die Gefahr der Krankheit oder des verfrühten Todes für diesen oder jenen Zeitraum ruhe? Auch hier wäre dieser Fall nur dann denkbar, wenn rechtlich die Gefahr für eine geraume Zeit wegfiel¹⁰⁵.

II. Die Merkmale

Die wesentlichen Merkmale lassen sich, soweit nicht die Grundsätze über den Wegfall der ganzen Gefahr zutreffen, aus der oben bezeichneten Umschreibung ableiten. In der Formulierung, der zeitweise Gefahrwegfall sei ein Wegfall der Gefahr für eine gewisse Zeit, liegen die zwei grundlegenden Merkmale dieser Wegfallsart begründet. Einmal muss nachgewiesen werden, dass die Gefahr weggefallen ist. Sodann muss die weggefallene Gefahr innert angemessener Frist wieder entstehen.

1. Der Nachweis des Wegfalls der Gefahr

Die grundlegende Voraussetzung ist der gänzliche Ausschluss der Ereignismöglichkeit. Wiederholend sei festgehalten: alle wandelbaren Gefahrentatsachen, die versicherungstechnisch erheblich sind, müssen ihre Bedeutung verloren haben. Der zu erbringende Nachweis muss den tatsächlichen oder rechtlichen Ausschluss der Gefahr bestätigen. Diesem Nachweis ist insofern Beachtung zu schenken, als eine lückenhafte oder vertragswidrige¹⁰⁶ Anzeige die Berufung auf einen Gefahrwegfall als unbegründet kennzeichnet.

Sekundär richtet sich der Nachweis auf den Wiedereintritt des Gefahrzustandes. Dies darf nun nicht so verstanden werden, dass ein Beweis erbracht werden muss, der den sicheren Wie-

¹⁰⁵ So wenn ein auf Todesfall Versicherter sich für geraume Zeit an einen Ort begibt (Dschungel), den die Versicherung nachdrücklich nicht in den Versicherungskreis einschliesst.

¹⁰⁶ Der Nachweis, dass sich ein Fahrzeug in der Garage befindet, dort in alle Teile zerlegt ist, genügt nicht. Der Nachweis richtet sich auf die Hinterlegung der Schilder beim kantonalen Kontrollbureau.

¹⁰⁷ Absehbar ist hier die Frist, wenn sie dem menschlichen Ermessen den Schluss auf einen Wiedereintritt der Gefahr noch gestattet.

dereintritt der Gefahr in diesem oder jenem Zeitpunkt bestätigt. Für die Sistierung des Vertrages genügt in praxi die Glaubhaftmachung der vorübergehenden Dauer des Wegfalls der Gefahr. Rein begrifflich setzt der zeitweise Gefahrwegfall den Wiedereintritt der Gefahr in absehbarer¹⁰⁷ Frist voraus. Dieses Merkmal ist ja das Wesensmoment des zeitweisen Risikoabschlusses. Inwieweit die Aussicht auf die Wiederentstehung der Gefahr berechtigt ist, bleibt der sachlichen Prüfung des Einzelfalles vorbehalten¹⁰⁸.

2. Die Wiederentstehung der Gefahr

Mangels einer positivrechtlichen Ordnung sind keine absoluten Grenzen für die Fristbestimmung gesetzt. Jedenfalls aber kann ein zeitweiser Wegfall der Gefahr in jenen Fällen erfüllt sein, in denen sich die Dauer des Gefahrausschlusses nicht bloss auf Wochen oder Monate beschränkt, sondern auf mehrere Jahre erstreckt. In der Praxis bereitet diese Frage nach der Höchstdauer keine Schwierigkeiten, weil die Tendenz besteht, die Verträge auf eine nur zwei- bis dreijährige Geltungsfrist zu beschränken. Nach Ablauf dieser Frist bleiben die Verträge aber Jahr für Jahr in Geltung (stillschweigend), es sei denn, dass seitens einer Partei die Kündigung erfolgt. Hinsichtlich der Mindestdauer muss der Wegfall der Gefahr von einer angemessenen Frist sein¹⁰⁹. Damit also der Versicherungsnehmer sich auf die veränderte Sachlage berufen kann, muss die Dauer des risikofreien Zustandes die vertraglich bestimmte Mindestgrenze erreichen. Jeder zeitweise Gefahrwegfall, der innerhalb der fixierten Minimalfrist durch das Wiederentstehen der Gefahr behoben wird, äussert keine Wirkungen. In diesem Sinne verlangt die Basler Lebensversicherungsgesellschaft für die Rückvergütung von Prämien eine Sistierung der Versicherung während mindestens zwei oder mehr aufeinanderfolgenden Monaten¹¹⁰. In den Bedingungen der FARABEWA wird keine

¹⁰⁸ Vgl. Ehrenzweig, I, 206. Nicht eine andere, sondern die gleiche Gefahr muss wieder eintreten.

¹⁰⁹ Vgl. Stiefel-Koenig-Martinoli, 55.

¹¹⁰ § 8 der allgemeinen Bedingungen.

Frist bestimmt¹¹¹. Der Versicherungsnehmer hat hier ein Gesuch einzureichen unter Angabe aller wichtigen Gründe, die eine vorläufige Aufhebung der vertraglichen Rechte und Pflichten rechtfertigen sollen. Entspricht die Gesellschaft dem Gesuch, so kann der Vertrag sistiert werden. Der Versicherungsnehmer leistet eine Gebühr von fünf Franken, gleichsam als Sicherstellung dafür, dass die Gefahr wieder eintreten und den Vertrag wieder in Kraft setzen wird. Trifft diese Annahme zu, dann wird die geleistete Gebühr an die neue Jahresprämie (Jahresbeitrag genannt) angerechnet. Fällt aber der Vertrag aus irgendwelchen Gründen dahin, so kommt die Gebühr samt der Prämie für die noch laufende Versicherungsperiode der Gesellschaft zu.

Da der zeitweise Gefahrwegfall das Versicherungsverhältnis nicht aufhebt und damit die Pflicht zur Prämienzahlung nicht berührt, werden im Interesse des Versicherungsnehmers in den meisten Fällen diesbezügliche Vereinbarungen getroffen, es sei denn, dass in den allgemeinen Bedingungen einer Versicherungsgesellschaft¹¹² eine einheitliche Ordnung statuiert ist. Mit Bedacht auf einen als nur zeitweise vorgestellten Risikoabschluss können die Vertragskontrahenten Abreden treffen, denen zufolge jegliche Leistungspflicht für die Dauer des Zustandes ruhen soll oder denen zufolge der Versicherungsnehmer eine reduzierte Prämie zu entrichten hat. Die Vereinbarung kann aber auch eine andere Lösung in sich schliessen¹¹³.

Mangels anderer Abrede greift grundsätzlich die positivrechtliche Regelung in Art. 24 VVG Platz. Diese Bestimmung lautet: «Soweit der Vertrag oder dieses Gesetz nicht anders bestimmt, wird die für die laufende Versicherungsperiode vereinbarte Prämie auch dann geschuldet, wenn der Versicherer die Gefahr nur für einen Teil dieser Zeit getragen hat.» Die Anwendung auf den Einzelfall lässt die Wirkungen eines zeit-

¹¹¹ Art. 18, allgemeine Bedingungen.

¹¹² Seit 1946 gilt im Autogeschäft die neue Tarifordnung, die eine einheitliche Regelung dieser Frage statuiert. Tarifgemäss gewährt eine Gesellschaft einen «Suspensionsrabatt» von einem Zwölftel für jeden vollen Monat, wenn die Suspension des Vertrages zwei volle aufeinanderfolgende Monate überdauert. Vgl. Anhang.

¹¹³ Bspw. die Leistung der vollen Prämie und nachträgliche Anrechnung.

weisen Wegfalls hinsichtlich der Prämienleistungen nur dann eintreten, wenn der gefahrfreie Zustand über die laufende Versicherungsperiode hinaus andauert. Lebt die Gefahr innerhalb des betreffenden Versicherungsjahres wieder auf, so bleibt das Rechtsverhältnis so, als ob sich die Gefahrenlage überhaupt nie verändert hätte. Diese Wirkung liegt in der Unteilbarkeit der Prämie begründet¹¹⁴. Dieser Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie resultiert aus technischen Erwägungen, auf die hier nicht näher eingetreten werden kann. Wir verweisen auf die einschlägige Literatur¹¹⁵. Die Tatsache, dass die Unteilbarkeit der Prämie allgemein anerkannt wird, genügt vollkommen. Zur Erläuterung fügt Roelli¹¹⁶ bei: «Unteilbar ist die Prämie dann, wenn der Versicherer die Gefahr für einen — gleichgültig welchen — Teil der laufenden Versicherungsperiode getragen hat. Fehlt diese Voraussetzung, so ist Art. 24 nicht anwendbar.» Und Ostertag¹¹⁷: «Die ganze Prämie ist geschuldet, auch wenn die vom Versicherer getragene Gefahr die kleinere als die ihm durch die Vertragsauflösung ersparte ist.»

B. Der zeitweise Wegfall eines Teils der Gefahr

Diese Gefahrsänderung liegt dann vor, wenn die Ereignismöglichkeit während einer angemessenen Frist für einen Teil des vertraglich festgelegten Risikos aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen wird. Den Sachverhalt findet man in folgenden Fällen verwirklicht: Ein Berufspilot, der eine Lebensversicherung mit Einschluss der erhöhten Fluggefahr genommen hat, darf infolge Krankheit seinen Beruf für zwei Jahre nicht mehr ausüben. Oder der Halter eines Motorrades lässt den in die Gefahr- und Prämienwertung einkalkulierten Seitenwagen für längere Zeit abmontieren. In diesen beiden Fällen kann sich das Ereignis während einer begrenzten Dauer nicht in dem Masse oder nicht in der Weise auslösen,

¹¹⁴ Bei Teilprämien hat der Versicherer auf alle geschuldeten Teilprämien Anspruch. Vgl. Roelli, Kommentar 315; Ostertag, Kommentar 115.

¹¹⁵ Ehrenberg, ZGVW, 6, 387; Motive, II, 25; BBl, 1904, I, 297.

¹¹⁶ Roelli, Kommentar, 315/16.

¹¹⁷ Ostertag, Kommentar, Anm. 1 zu Art. 24 VVG.

wie bei Vertragsabschluss angenommen wurde. Doch besteht die Aussicht darauf, dass sich die ursprüngliche Gefahr wieder einmal in vollem Umfange einstellt.

Eine solche Gefahrsänderung muss berücksichtigt werden. In Anwendung des Art. 24 VVG verbleibt der Gesellschaft der Anspruch für die geschuldete Prämie, soweit keine anderslautenden Vereinbarungen getroffen werden. Für die nächstfolgenden Perioden, deren Schicksal durch Art. 24 VVG nicht bestimmt wird¹¹⁸, muss grundsätzlich eine angemessene Prämienreduktion Platz greifen. Ein Ausgleich muss notwendig stattfinden.

C. Die Anzeigepflicht bei Veränderung der Gefahrenlage

Das schweizerische VVG setzt die Anzeigepflicht einzig in drei Fällen fest: bei Vertragsabschluss (Art. 4), bei Gefahrerhöhung (Art. 28 und 30) und nach Eintritt des befürchteten Ereignisses (Art. 38). Daraus kann man ersehen, dass bei Wegfall der Gefahr keine eigentliche Pflicht zur Anzeige besteht. Die Parteien sind aber nach Treu und Glauben gehalten, der nichtwissenden Partei von der Aenderung der Gefahrenlage Kenntnis zu geben. Erfahrungsgemäss ist die wissende Partei meistens der Versicherungsnehmer, der schon im eigenen Interesse dem Versicherer den Wegfall der Gefahr mitteilen wird. Ob der Vertrag eo ipso erlöscht oder ob ein Gestaltungsrecht besteht, soll im dritten Teil dieser Arbeit geprüft werden.

Gemeinsam für alle dargestellten Arten des Wegfalls gelten hinsichtlich der Anzeige folgende Grundsätze:

Die Anzeige soll die wesentlichen Vorgänge enthalten, die den Wegfall der Gefahr herbeiführten. Der Versicherer wird die Argumente prüfen, vielleicht nähere Aufschlüsse verlangen und je nach der Beurteilung im Einzelfall die Auflösung des Vertrages billigen.

Eine Anzeigefrist besteht nicht. Der Versicherungsnehmer

¹¹⁸ Roelli, Kommentar, 316: «Das Schicksal der für die künftigen Versicherungsperioden festgesetzten Prämien lässt Art. 24 demnach unentschieden.»

kann sich jederzeit auf den Wegfall der Gefahr berufen. Denn es handelt sich nicht um ein Recht, das dem Versicherungsnehmer nur gerade mit dem Moment des Wegfalls entsteht. Die Wirkungen einer versäumten Anzeige äussern sich höchstens in einer nochmaligen Prämienleistungspflicht, wenn die Anzeige in eine neue Versicherungsperiode fällt. Diese Prämie würde allerdings nur einen Schadenersatz darstellen.

Die Anzeige ist formlos gültig. Vertraglich kann aber vereinbart werden, dass die Erklärung schriftlich zu erfolgen habe.

Die Befugnis zur Anzeige steht der wissenden Partei oder deren Vertreter zu. Die Mitteilung kann erfolgen an den Versicherer selbst oder an dessen Abschlussagenten¹¹⁹.

¹¹⁹ Nicht aber an den Vermittlungsagenten, weil dieser weder zum Abschluss noch zur Aufhebung von Verträgen bevollmächtigt ist, es sei denn, dass die Gesellschaft ihm eine Ermächtigung zu solchen Geschäften verliehen hat. Im Zweifel darf er nur vermitteln. (Eine ähnliche Rechtsstellung wie der Handelsreisende. Vgl. BG über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930 und insbesondere Art. 7 des BG über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vom 13. Juli 1941. Vgl. auch Art. 463 OR.)

SPEZIELLER TEIL

Erstes Kapitel:

DIE GESETZLICHE REGELUNG DES WEGFALLS DER GEFAHR

§ 6. INHALT UND ANWENDUNGSBEREICH DER ART. 9 UND 10 VVG

Der schweizerische Gesetzgeber hat den Wegfall der Gefahr in den Art. 9 und 10 VVG geordnet. Beide Bestimmungen tragen zwingenden Charakter, d. h. jede abweichende Vereinbarung ist de lege nichtig (Art. 97 VVG).

Die von Roelli¹ vertretenen Auffassungen in bezug auf die Bedeutung der Art. 9 und 10 VVG wurden allgemein widerspruchslos übernommen. Gantenbein² versuchte als erster, die eben genannten Artikel einer kritischen Prüfung zu unterziehen; er bezeichnet sie als unklar, schlecht und irreführend (insbesondere in bezug auf Art. 9 VVG).

Die Praxis wird zwar den Theorien über Inhalt und Umfang von Art. 9 und 10 VVG keine grosse Beachtung schenken, weil die Lösung konkreter Fälle mit keinen Schwierigkeiten verbunden ist. Dieser Umstand kann uns aber nicht davon abhalten, auf eine tiefere Ergründung der bezeichneten Normen einzugehen. Die grundsätzliche Richtschnur liegt schon im Satze begründet: Ohne Gefahr keine Versicherung.

Unser Vorgehen richtet sich zuerst auf die Klarstellung des Inhalts der Art. 9 und 10 VVG, nachher auf die Abgrenzung des Geltungsbereiches.

¹ Roelli, Entwurf zum VVG, Art. 12; Motive, I, 98; Kommentar, I, 138.

² Gantenbein, Diss. 38 ff.; SVZ, VIII, 129 ff.

A. Inhalt und Anwendungsbereich des Art. 9 VVG

I. Der Inhalt

Art. 9 VVG erklärt den Versicherungsvertrag unter bestimmten Voraussetzungen als nichtig. Der Gesetzestext lautet: «Der Versicherungsvertrag ist nichtig, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war.»

Prima vista setzt der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung ungefähr folgendes fest: Der Versicherungsvertrag besteht nur dann zu Recht, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Gefahr noch vorhanden ist. War die Gefahr schon weggefallen (durch Wegfall aller wandelbaren Gefahrstatsachen oder durch Eintritt des Ereignisses), so kann kein gültiger Vertrag abgeschlossen werden. Logisch interpretiert kann der Versicherungsschutz nur gegen zukünftige Ereignisse, m. a. W. nur gegen Gefahren gewährt werden, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen oder denn in naher Zukunft entstehen³. Versicherungsverträge, welche Deckung für einen vor dem Vertragsabschluss liegenden Zeitraum bieten, sind unwirksam. Art. 9 VVG verfolgt demnach einen doppelten Zweck. Einmal will er die Rückwärtsversicherung verbieten, und in zweiter Linie will er die Versicherungsgefahr als eine zukünftige postulieren.

1. Die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung

Schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts bildete die Rechtsfrage, ob die Rückwärtsversicherung zuzulassen sei, in Theorie und Praxis den Gegenstand einlässlicher Diskussionen. Das deutsche und das österreichische Versicherungsvertragsgesetz gewährleisten eine Versicherung für vergangene Gefahren⁴, wenn die Kontrahenten über die objektive Gefahrslage in Unkenntnis sind⁵, d. h. wenn sie nicht wissen, ob das Ereignis schon ein-

³ Vgl. Roelli, Kommentar, 140.

⁴ Ritter, 212, nennt diese Versicherungsart: Vergangenheitsversicherung.

⁵ DVVG § 2 und OeVVG § 7 (DVVG § 68 und OeVVG § 63).

getroffen ist oder ob die Gefahr noch besteht. Massgebende Autoritäten des Versicherungsrechts (Kisch, Ehrenberg, Ritter u. a.) begründen diese Ordnung hauptsächlich mit der Feststellung, dass ein berechtigtes Versicherungsbedürfnis solange anerkannt werden müsse, als die subjektive Ungewissheit über den Risikoablauf bestehe; das Versicherungsbedürfnis für einen ungewissen vergangenen Gefahrenverlauf sei wesensgemäss gleichartig und deshalb auch gleichberechtigt wie das Versicherungsbedürfnis für einen ungewissen zukünftigen Gefahrenverlauf; infolgedessen sei die Vergangenheitsversicherung gutzuheissen. In diese Richtung geht jede Begründung der Befürworter der Notwendigkeit oder Zulässigkeit der Rückwärtsversicherung.

Es ist in Betracht zu ziehen, dass die damaligen Verkehrsverhältnisse diesen Standpunkt rechtfertigen. Weiter ist zu erwägen, dass sich diese Anschauung insbesondere auf die beschwerlichen Verhältnisse des Seehandels stützt⁶.

Der schweizerische Gesetzgeber hat in Art. 9 VVG seinen Standpunkt in dieser Frage eindeutig und unmissverständlich ausgesprochen. Von niemandem wird heute bestritten, dass Art. 9 VVG die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung statuiert.

Was sagt Roelli dazu? In seinem Kommentar⁷ führt er aus: «Art. 9 geht von der Erwägung aus, dass es bei den heutigen⁸ Verkehrsmitteln regelmässig ausgeschlossen ist, dass in der Binnenversicherung die Parteien beim Vertragsabschlusse im ungewissen darüber sind, ob die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten ist. Zum mindesten aber besteht die Möglichkeit, sich hierüber leicht und zuverlässig Gewissheit zu verschaffen. Die ratio des Art. 9 richtet sich daher gegen verwerfliche, die öffentliche Ordnung gefährdende rechtsgeschäftliche Spekulationen.» Und in den Motiven,

⁶ Denn häufig konnte ein Versicherungsvertrag erst nach Beginn eines Seetransportes abgeschlossen werden, weil der Nachrichtenverkehr damals recht bescheiden entwickelt war.

⁷ Roelli, Kommentar, 139.

⁸ Und die Verkehrsmittel von 1918 beschränkten sich doch zum grössten Teil auf den Postverkehr. Das Telephon stand in den Anfängen der Entwicklung.

I, 98 sagt Roelli: «Die Versicherung birgt, wie nicht weiter auszuführen ist, in höherem Grade als irgend ein anderes Institut des wirtschaftlichen Lebens, die Gefahr des Missbrauchs und des Anreizes zu verbrecherischen Handlungen in sich.»

Diese Argumentation Roellis ist durchaus richtig. Heute würde es einem Versicherungsnehmer besonders leicht fallen, unter Vortäuschung eines guten Glaubens, den Versicherer zu prellen, indem er in Kenntnis des schon eingetroffenen Schadens noch schnell eine Versicherung nimmt und auf diese Art die Gesamtheit der Versicherten für diesen Schaden haften lässt. Gantenbein⁹ konnte anfänglich diese Auffassung nicht teilen: «Es dürfte unbestritten sein, dass der Gesetzgeber hier zu viel Befürchtungen hatte vor verwerflichen Spekulationen», scheint jedoch später die Meinung geändert zu haben: «Die Zulassung der Rückwärtsversicherung würde in der Tat die Möglichkeit der Ausnutzung der Versicherung stark erhöhen¹⁰.» Die Ablehnung der Rückwärtsversicherung rechtfertigt sich heute noch mehr, weil die modernen technischen Einrichtungen jedem Versicherungsnehmer die Möglichkeit gewährleisten, sich über den Stand der Gefahrenlage rechtzeitig Gewissheit zu verschaffen.

2. Die Zukünftigkeit der Gefahr

Art. 9 VVG postuliert die Zukünftigkeit der Versicherungsgefahr, weil er die Versicherung für einen vor dem Vertragsabschluss liegenden Zeitraum als nichtig erklärt. Art. 9 wurde gerade deswegen ins Gesetz aufgenommen, um die Streitfrage, ob die Rückwärtsversicherung zuzulassen sei, für unser VVG zu entscheiden¹¹. Dass dies der Zweck dieser Bestimmung ist, wird in den Motiven¹² deutlich erklärt. Eine weitere Bestätigung findet sich in einem Passus des Kommentars Roelli¹³: «Die unabänderliche Vorschrift von VVG 9 charakterisiert die Gefahr als ein zukünftiges Ereignis», und weiter unten: «Eine Siche-

⁹ Gantenbein, Diss. 50.

¹⁰ Gantenbein, SVZ, VIII, 138.

¹¹ Roelli, Kommentar, 138.

¹² Roelli, Motive, I, 96 ff.

rung gegen vor Vertragsschluss eingetretene Schäden kann nach VVG nicht durch den Versicherungsvertrag gewährt werden.» In der Botschaft des Bundesrates¹⁴ heisst es: «Jede Versicherungsgefahr bezieht sich, dem Wesen der Gefahr zufolge, auf ein zukünftiges Ereignis, das entweder überhaupt ungewiss ... oder doch mindestens hinsichtlich des Zeitpunktes seines Eintrittes ungewiss ist ... Denn die durch Art. 11, Absatz 1 geordnete Rechtsfrage ist zur Stunde noch bestritten, weil sie aus praktischen Gründen in einzelnen Versicherungsbranchen eine andere Lösung gefunden hat.» Hier wird klar gesagt, dass nur die Versicherung für eine zukünftige Gefahr zugelassen werden soll.

In den Motiven steht folgender Passus¹⁵: «Gefahr im Sinne des Versicherungsrechts ist die Möglichkeit des ... Eintritts einer Tatsache; sie steht begrifflich im Gegensatz zur Unmöglichkeit und Gewissheit. Die Assekuranzgefahr bezieht sich daher ihrem Wesen nach notwendig auf ein zukünftiges Ereignis.» Im wesentlichen enthält diese Erklärung Roellis die Grundsätze, welche wir in der Umschreibung des Gefahrbegriffs festgelegt haben. Gantenbein¹⁶ äusserte sich zu diesem Passus der Motive wie folgt: «Die Ueberlegung: die Gefahr darf nicht unmöglich und der Schaden nicht gewiss sein, die Gefahr muss daher zukünftig sein, ist aber logisch unrichtig. Auch eine zukünftige Gefahr kann unmöglich und ein zukünftiger Schaden gewiss sein.» Die Einwände Gantenbeins sind nicht richtig. Die Möglichkeit der Gefahr und die Ungewissheit des Ereignisses (wenigstens in bezug auf den Zeitpunkt) bilden die fundamentalen Requisite des Gefahrbegriffs. Eine unmögliche Gefahr ist begrifflich keine Gefahr, ein sicher eintreffender Schaden ist nicht versicherbar (die Gefahr in der Lebensversicherung kann zwar an sich gewiss sein, muss aber doch in bezug auf den Zeitpunkt ungewiss sein). Zukunft ist Werdensmöglichkeit; Unmöglichkeit hingegen ist Beziehungslosigkeit zum Werden. Aehn-

¹³ Roelli, Kommentar, 376.

¹⁴ BBl 1904, I, 284. Seite 334 bringt die Textänderung: «... Gefahr weggefallen» anstatt: «... Gefahr überwunden». Aus Seite 283 ff. ergibt sich, dass diese Aenderung inhaltlich nichts bedeuten wolle.

¹⁵ Motive, I, 96 ff.

¹⁶ Gantenbein, SVZ, VIII, 137.

lich verhält es sich mit dem Zusammenhang zwischen Ungewissheit und Gewissheit. Die Ueberlegung: die Gefahr ist zukünftig, die Gefahr muss deshalb möglich und das Ereignis ungewiss sein; Gegensatz: die Gefahr ist vergangen, sie ist deshalb unmöglich, der Gefahrverlauf hingegen schon gewiss, dürfte keinem logischen Grundsatz widersprechen.

Eine weitere Unlogik sieht Gantenbein¹⁷ darin, dass Art. 9 eigentlich die Gegenwärtigkeit der Gefahr, nicht die Zukünftigkeit stipuliert. In der Tat trifft dies zu! So wird der Satz der Motive¹⁸: «Die Assekuranzgefahr bezieht sich daher ihrem Wesen nach notwendig auf ein zukünftiges Ereignis» folgendermassen begründet: «Ist die befürchtete Tatsache im Moment des Vertragsabschlusses nicht mehr vorhanden, weil das Ereignis eingetreten oder die Gefahr überwunden ist, so fehlt das versicherbare Interesse, mithin das Vertragsobjekt.» Diese Begründung stellt das Erfordernis auf, die Gefahr müsse im Moment des Vertragsschlusses noch vorhanden sein. Auch aus Art. 9 VVG lässt sich dieses Erfordernis ableiten: der Versicherungsvertrag ist nur dann gültig, wenn bei Vertragsabschluss die Gefahr noch vorhanden ist, noch nicht weggefallen war.

Es fragt sich aber, ob zwischen der Gegenwärtigkeit der Gefahr und der Zukünftigkeit tatsächlich ein Widerspruch vorliegt. Nach unserer Ansicht ist dies nun nicht der Fall. Wenn man von der Zukünftigkeit der Gefahr spricht, so denkt man an eine zukünftige Ereignismöglichkeit und nicht an einen Zeitpunkt der Entstehung der Ereignismöglichkeit selber. Die Gefahr ist dann gegenwärtig, wenn ein zukünftiges ungewisses Ereignis droht. Diese Ereignismöglichkeit muss zur Gültigkeit des Vertrages vorliegen und insofern muss sie eben gegenwärtig sein.

Unrichtig ist auch die Argumentation von Gantenbein¹⁹: «Tatsächlich ist nun aber die Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht erforderlich; bei keinem Vertragsabschluss wird nachgeprüft, ob denn die Gefahr wirklich in diesem Moment bestehe.» In

¹⁷ Gantenbein, Diss. 39.

¹⁸ Motive, I, 96.

¹⁹ Gantenbein, Diss. 39.

dieser Frage kann es nicht ausschlaggebend sein, ob die Praxis die Existenz der Gefahr nachprüft oder nicht. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr wird stillschweigend vorausgesetzt. Wer würde sich wohl gegen eine Gefahr versichern, von der er weiss, dass sie erst geraume Zeit nach Abschluss des Vertrages entsteht ²⁰? Wieso wird in praxi die Gefahr hinsichtlich der Eigenschaften, des Inhalts, des Umfangs erforscht und festgelegt? Auf welcher Grundlage würdigt der Versicherer die wandelbaren und unwandelbaren Gefahrstatsachen, erwägt das zu übernehmende Risiko und bestimmt die Gegenleistung des Versicherungsnehmers? Man würde sich vergeblich fragen, wie diese Richtlinien gezogen werden, wenn man nicht davon ausginge, dass eben die tatsächliche Existenz der Gefahr als massgebende Richtschnur dient. Die Gefahr muss insofern eine zukünftige sein, als sich die Ereignismöglichkeit auf einen zukünftigen ²¹ Zeitraum erstrecken muss.

3. Die Voraussetzungen und die Wirkungen der Nichtigkeit

a) Die Voraussetzungen

Als Voraussetzungen der Nichtigkeit umschreibt Art. 9 VVG: «... wenn im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war.» Der Wortlaut dieser Bestimmung erfasst demnach nur diejenigen Fälle, in denen eine Gefahr einmal vorhanden, aber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon wieder weggefallen war. Hat die Gefahr nie bestanden, dann kann Art. 9 VVG sinngemäss nicht zum Zuge kommen. So führt Roelli ²² aus: «Die Gefahr muss vor Vertragsschluss bestanden haben. Denn nur eine Gefahr, die bestanden hat, kann beim Vertragsschlusse bereits weggefallen sein oder sich schon in Schaden ausgelöst haben.» Warum muss eine Gefahr bestanden haben?

²⁰ Es sei denn, dass auf Grund eines Bedürfnisses eine Versicherung abgeschlossen wird, deren Gültigkeit vom Ausfall einer Bedingung, nämlich der Entstehung der Gefahr, abhängig ist.

²¹ Im Gegensatz zum vergangenen Zeitraum, für den ein Versicherungsvertrag grundsätzlich nichtig ist.

²² Roelli, Kommentar, 139.

Warum wird nicht einfach von der Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung gesprochen? Denn Art. 9 VVG will, wie oben gezeigt wurde, die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung statuieren. Dieser Artikel wurde ja gerade deswegen ins Gesetz aufgenommen, um die Streitfrage, ob die Rückwärtsversicherung zuzulassen sei, für unser VVG zu entscheiden²³. Mit Recht durfte Gantenbein²⁴ diese Bestimmung als unklar und irreführend bezeichnen.

Der ratio legis von Art. 9 VVG entsprechend, muss der Passus: «... die Gefahr bereits weggefallen» jeden Gefahrsbestand vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfassen. Dann würde der Bestimmung folgender Sinn zugrunde liegen: jede vergangene Gefahr gilt grundsätzlich als weggefallen; nur jene Gefahren, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen, sind versicherbar. Auf diese Weise käme der Zweck des Art. 9 VVG wenigstens zum Ausdruck.

Wie aus den oben genannten Worten Roellis klar hervorgeht, will aber der Gesetzgeber die Voraussetzungen in Art. 9 buchstäblich interpretieren, nicht logisch, wie es hier zweifelsohne richtiger wäre. De lege lata setzt deshalb Art. 9 VVG für die Nichtigkeit eines Versicherungsvertrages folgenden Sachverhalt voraus: den Wegfall oder die Verwirklichung der Gefahr vor dem Zeitpunkt oder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, ungeachtet der Unkenntnis der Parteien.

b) Die Wirkungen

Die Wirkungen der Nichtigkeit sind im wesentlichen die gleichen wie diejenigen im gemeinen Recht, wenn ein Vertrag wegen unmöglichem Inhalt nichtig ist. Der Vertrag entfaltet ipso iure keine rechtliche Wirkungen. Das faktische Verhältnis wird gleichsam ignoriert. Der Vertrag hat nie bestanden, sämtliche vertraglichen Vereinbarungen fallen dahin, alles Geleistete (zum voraus bezahlte Prämien) kann nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Ist

²³ Vgl. oben Ziff. 2, § 6 dieser Arbeit.

²⁴ Gantenbein, Diss. 38; SVZ, VIII, 129.

eine Partei bösgläubig, so steht der gutgläubigen Partei ein Anspruch auf Schadenersatz zu (negatives Verlagsinteresse). Neben oder an Stelle der Rückforderung kann auch auf Feststellung der Nichtigkeit geklagt werden. Dagegen ist eine Nichtigkeitsklage im Sinne einer Gestaltungs-klage zur Geltendmachung der Nichtigkeit weder erforderlich noch auch logisch möglich, weil die nicht existierenden Wirkungen eines Geschäftes nicht aufgehoben werden können²⁵.

Wie verhält es sich aber, wenn die Gefahr nur teilweise weggefallen war? Hinsichtlich der Rückwärtsversicherung könnte aus einem nur teilweisen Wegfall niemals eine teilweise Zulässigkeit der Rückwärtsversicherung abgeleitet werden. Der Passus «... die Gefahr bereits weggefallen» erfasst jede Gefahrs-tatsache, die der Vergangenheit angehört. Im Bereiche von Art. 9 VVG kann keine der Gefahrsänderungen rechtliche Beachtung erlangen.

Bedeutung erhält die Frage erst dann, wenn sich die Rückwärtsversicherung in eine Vorwärtsversicherung, in eine Versicherung auf die Zukunft, hineinzieht, m. a. W. wenn sich der teilweise Gefahrsbestand aus der Vergangenheit durch die Gegenwart noch in Zukunft erstreckt. Roelli²⁶ verweist für einen solchen Fall auf Art. 20, Abs. 2 OR: «Derartige Fälle sind, da spezialgesetzliche Bestimmungen fehlen, gemeinrechtlich zu würdigen.» Wenn zwei Rückwärtsversicherungen gegen die Gefahr des Diebstahls abgeschlossen wurden, von denen sich ein Vertrag gleichzeitig auf die Zukunft erstrecken soll, so ist der erste Vertrag nichtig (Art. 9), der zweite dagegen besteht teilweise zu Recht: der vor dem Vertragsschluss liegende Teil ist nichtig, die Vorwärtsversicherung besteht zu Recht (unter Anwendung des Art. 20, Abs. 2 OR innerhalb des Art. 9 VVG).

II. Der Anwendungsbereich

Art. 9 VVG will die Rückwärtsversicherung verbieten. Der Anwendungsbereich in dieser Hinsicht ist klar und unbestritten: jede Gefahr (die in Art. 10 VVG statuierten Ausnahmen

²⁵ Vgl. v. Thur, I, 200.

²⁶ Roelli, Kommentar, 141.

vorbehalten), die vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses liegt, fällt unter den Geltungsbereich des Art. 9, ist infolgedessen nicht versicherbar.

Schliesst der Anwendungsbereich des Art. 9 VVG auch die Vorwärtsversicherung mit ein? Diese Frage ergibt sich aus dem unklaren Wortlaut der Bestimmung; es wird ja nicht ausdrücklich von der Rückwärtsversicherung gesprochen.

Im folgenden soll untersucht werden, ob Art. 9 auch für den Wegfall und die Verwirklichung der Gefahr solcher Verträge gilt, die für die Zukunft abgeschlossen werden. Für die Anwendung des Art. 9 VVG auf die Vorwärtsversicherung sprechen die Darlegungen von Roelli²⁷ in seinem Kommentar. Die gegenteilige Auffassung, nach der Art. 9 nur für die Rückwärtsversicherung gelten soll, wird von Gantenbein²⁸ vertreten.

Roelli sagt: «Die Gefahr muss vor Vertragsschluss bestanden haben. Denn nur eine Gefahr, die bestanden hat, kann beim Vertragsschlusse bereits weggefallen sein oder sich schon in Schaden ausgelöst haben. Hiernach ist die Anwendbarkeit des Art. 9 bestimmt abgegrenzt. Wird gegen die Folgen einer unmöglichen Gefahr versichert, einer Gefahr, die an sich nicht bestehen kann, so ist das Schicksal des Vertrages nicht nach Art. 9 VVG, sondern nach Art. 17 OR (Art. 20 NVOR) zu bestimmen (Art. 100 VVG). Weiter findet Art. 9 da keine Anwendung, wo der Versicherungsnehmer in der irrtümlichen Annahme, dass er eine bestimmte Gefahr laufe, Versicherung nimmt... In diesen beiden Fällen hat die Gefahr überhaupt nicht bestanden. Nicht anwendbar ist sodann Art. 9, wenn die Versicherung gegen eine Gefahr abgeschlossen wird, die beim Vertragsabschluss noch nicht besteht, aber möglicherweise in der Zukunft bestehen wird (Hagelversicherung wird abgeschlossen für den Fall, dass der Versicherungsnehmer ein landwirtschaftliches Gut erwirbt...). Derartige Fälle entsprechen einem Bedürfnis und dürfen nicht etwa unter dem Gesichtspunkt des Art. 9 beanstandet werden. Ihr Schicksal hängt vom Ausfall der Bedingung ab.»

²⁷ Roelli, Kommentar, 139/140.

²⁸ Gantenbein, Diss. 39 ff.; SVZ, VIII, 130 ff.

Roelli erklärt hier unmissverständlich, dass Art. 9 VVG dann auf die Vorwärtsversicherung Anwendung finden soll, wenn die Gefahr vorhanden, aber noch vor Vertragsabschluss weggefallen war. Hat die Gefahr nie bestanden, so bestimmt sich das Schicksal des Vertrages nach Art. 20 OR. Diese Auffassung wurde allgemein übernommen.

Die Abgrenzung, welche Roelli für die Anwendbarkeit von Art. 9 festlegt, besteht inhaltlich in einer Aussonderung von Tatbeständen, die nach Art. 20 OR beurteilt werden sollen. Gegen diese Abgrenzung wendet sich nun Gantenbein²⁹, indem er darauf hinweist, dass es für die Vorwärtsversicherung keinen Unterschied macht, ob die weggefallene Gefahr bestanden oder nicht bestanden habe. In beiden Fällen werde der Vertrag keine Wirkungen entstehen lassen. Und ein Vertrag, der nichtig ist, weil die Gefahr nie bestanden hat, sei nicht auf andere Weise nichtig als ein Vertrag, der wegen Wegfall der Gefahr nichtig ist: «Wenn ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt nichtig ist, wie dies Art. 20 OR erklärt, so kann ein Vorwärtsversicherungsvertrag gar nicht anders als nichtig sein, wenn im Moment des Vertragsabschlusses die Gefahr schon weggefallen oder der Schaden schon eingetreten ist.» Und weiter unten: «Eine Unterscheidung ist durch keinen Grund zu rechtfertigen...» Weiter erklärt Gantenbein³⁰, dass die irrige Auffassung, Art. 9 VVG gelte auch für die Vorwärtsversicherung, im wesentlichen von einer Vermengung der Begriffe Zukünftigkeit, Gegenwärtigkeit, Möglichkeit und Ungewissheit herrühre. Zu diesem Punkte haben wir früher Stellung genommen³¹ und gezeigt, dass die Darlegungen Roellis in dieser Hinsicht nicht bemängelt werden dürfen.

Wir wollen die vertretenen Auffassungen um keine neue bereichern, sondern versuchen, das «dafür» und das «dagegen» klarzustellen. Auf diese Weise sollte es gelingen, einen Weg zu finden.

²⁹ Gantenbein, SVZ, VIII, 134.

³⁰ Gantenbein, Diss. 39.

³¹ Vgl. oben § 6, I, Ziff. 2.

1. Gründe, die für die Anwendung des Art. 9 VVG auf die Vorwärtsversicherung sprechen

Im wesentlichen sind es zwei Gründe, die für die Anwendung des Art. 9 sprechen: Einmal die Eigenart des Versicherungsvertrages, und sodann der Unterschied zwischen der Unmöglichkeit nach Art. 9 und der Unmöglichkeit nach Art. 20 OR.

a) Die Eigenart des Versicherungsvertrages

Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte beziehen sich grundsätzlich auf sicher zu erbringende Leistungen. Das ist das spezifische Merkmal der normalen Verträge (Kauf-, Miet-, Pacht-, Dienst-, Werkverträge u. a. m.). Regelmässig wird der Leistung des A eine sichere Gegenleistung des B entsprechen. Leistung und Gegenleistung erfordern ein Gleichgewichtsverhältnis. Die Gültigkeit der genannten Verträge wird bedingt durch eine sichere Leistungspflicht. Verträge mit einer unmöglichen Leistung sind nach Art. 20 OR nichtig.

Dem Versicherungsvertrag dagegen liegt spezifisch keine sichere, sondern nur eine mögliche Leistungspflicht zugrunde³². Trotzdem besteht eine derartige Vereinbarung zu Recht. Die mögliche Leistungspflicht erscheint als das Kriterium, wodurch sich der Versicherungsvertrag von allen andern Vertragsarten unterscheidet³³. Die eigentliche Leistung des Versicherers hängt vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses ab. So sagt Gantenbein³⁴: «Im Charakter der Versicherung liegt eben ein Faktor des Zufalls, der Chance.» Der Gültigkeitsbereich der Versicherungsverträge hat somit eine Erweiterung von der Sicherheit in die Möglichkeit erfahren.

Den Bestimmungen Art. 20 OR und Art. 9 VVG liegen somit Verträge zugrunde, die wegen der Unterschiedlichkeit ihres Geltungsbereiches einander nicht gleichgestellt werden können.

³² Juristische Leistung des Versicherers ist die Entschädigungszahlung (Lebensversicherung ausgenommen).

³³ Vgl. Haymann, «Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag»; auch Kisch, II, 87 ff.

³⁴ Gantenbein, SVZ, VIII, 134.

Daraus schliessen wir, dass sich eine gesonderte Behandlung dieser Verträge durchaus rechtfertigt, insbesondere hinsichtlich der Nichtigkeit.

b) Die Unmöglichkeit im Versicherungsvertrag

Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den von Art. 20 OR und Art. 9 VVG statuierten Nichtigkeiten um zwei inhaltlich verschiedene Unmöglichkeiten handelt. Gantenbein stellt die beiden Tatbestände einander gleich: «Wenn ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt nichtig ist, wie dies Art. 20 OR erklärt, so kann ein Vorwärtsversicherungsvertrag nicht anders als nichtig sein, wenn im Moment des Vertragsschlusses die Gefahr schon weggefallen oder der Schaden schon eingetreten ist³⁵.»

Die Gleichstellung dieser Tatbestände rechtfertigt sich nicht, nur weil sie gleiche Wirkungen nach sich ziehen. Die Gleichheit der Wirkungen beweist noch lange nicht, dass die Unmöglichkeit durch Gefahrwegfall der gemeinrechtlichen Unmöglichkeit schlechthin gleichzustellen sei. Gleiche Wirkungen können von Ursachen herrühren, die völlig ungleich sind. So kann man auch hier nur insoweit von einer Uebereinstimmung sprechen, als die Gleichmässigkeit der beiden Vorkommnisse nicht eine inhaltliche, sondern nur eine funktionelle ist. Denn die Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 OR bezieht sich direkt auf die Gegenleistung, die als solche nicht mehr erbracht werden kann. Der Wegfall der Gefahr hingegen übt auf die vertragliche Gegenleistung des Versicherers keinen unmittelbaren Einfluss aus. Die Unmöglichkeit wirkt sich hier regelmässig so aus, dass der Versicherer der Haftung für etwelche Schäden enthoben wird, weil mit dem Wegfall der Gefahr die Voraussetzungen für den Eintritt des befürchteten Ereignisses hinfällig geworden sind. Die Entschädigungsleistung des Versicherers bleibt durchaus möglich. Der Wegfall der Gefahr lässt nur die Entstehung des Anspruchs auf die Leistung des Versicherers als unmöglich erscheinen³⁶. Aber der Versicherer könnte ohne weiteres seine Lei-

³⁵ Gantenbein, Diss. 20.

³⁶ Vgl. Kisch, III, 226.

stung erbringen; im gemeinen Recht wird die Gegenleistung als solche betroffen.

Die Wirkungen der beiden Unmöglichkeitensarten sind gleich. Doch inhaltlich sind die beiden Tatbestände verschieden, was eine gesonderte Behandlung der beiden Fälle billigen kann.

2. Gründe, die für die Anwendung des Art. 20 OR auf die Vorwärtsversicherung sprechen

Es lässt sich leicht feststellen, dass nur theoretische Erwägungen die Anwendung des Art. 9 VVG auf die Vorwärtsversicherung fordern³⁷. Als Argumente, welche die Anwendung des Art. 20 OR befürworten, dienen zwei praktische Ueberlegungen: die Gleichheit der Wirkungen und die rechtliche Behandlung des teilweisen Wegfalls.

a) Die gleichen Wirkungen

Roelli³⁸ beginnt seine Erläuterungen über Art. 9 VVG mit folgenden Worten: «Gegenüber dem Versicherungsvertrag gelten die gemeinrechtlichen Nichtigkeitsgründe (Art. 100 VVG). Um indessen eine angeblich im Versicherungsgeschäfte stekende Eigenart nachdrücklich abzulehnen, greift Art. 9 einen Nichtigkeitsgrund heraus.» Und weiter unten: «In der in Art. 9 niedergelegten Vorschrift prägt sich also im Hinblick auf Versicherungsverträge lediglich der gemeinrechtliche Grundsatz aus, den Art. 17 OR (Art. 20 NVOR) ...». Zur Begründung führt Roelli zwei Argumente an: «Trotz der Bestimmung des Art. 100 VVG erscheint die Vorschrift als geboten. Zu einem doppelten Zwecke. Einmal um den Standpunkt, den das VVG gegenüber einer, in der Theorie und Praxis noch bestrittenen Rechtsfrage³⁹ einnimmt, bestimmt zum Ausdrucke zu bringen

³⁷ Es ist darauf hinzuweisen, dass die Abgrenzung, die Roelli für die Anwendbarkeit des Art. 9 trifft, verstanden werden kann, wenn der Wegfall der Gefahr als eine versicherungsrechtliche Eigenart angesprochen wird. In einem Gefahrmangel waren die Voraussetzungen für einen Versicherungsvertrag gar nie verwirklicht. Freilich ist diese Ueberlegung nur theoretischer Natur.

³⁸ Roelli, Kommentar, 138.

³⁹ Vgl. oben § 6, I, Ziff. 2.

und sodann, um die von Art. 10 vorbehaltenen Ausnahmen als solche scharf hervortreten zu lassen.

Die noch bestrittene Rechtsfrage kann nur die sein, ob die Rückwärtsversicherung zuzulassen sei oder nicht. Denn Art. 9 VVG wurde ja deswegen ins Gesetz aufgenommen, um diese Streitfrage für unser schweizerisches Versicherungsrecht zu entscheiden. Wenn aber Art. 9 VVG eine Wiederholung von Art. 20 OR darstellen soll, so müsste die Rückwärtsversicherung nach der gemeinrechtlichen Bestimmung auch unzulässig sein. Wäre dem nicht so, dann wäre Art. 9 VVG keine Wiederholung des gemeinrechtlichen Grundsatzes, sondern eine Sonderbestimmung gegenüber diesem. Gantenbein⁴⁰ vertritt die Ansicht, dass die Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR durchaus möglich sei. Dass dies nicht richtig ist, wird in § 7 klar gestellt. Wir sind der Auffassung, dass Art. 9 VVG auch hinsichtlich der Rückwärtsversicherung eine Wiederholung darstellt; hinsichtlich der Vorwärtsversicherung soll nach der Auffassung Roellis Art. 20 OR in jenen Fällen Platz greifen, in denen die Gefahr überhaupt nie bestanden hat. Art. 9 VVG soll nur für einen Sondertatbestand der Vorwärtsversicherung, d. i. der Wegfall oder die Verwirklichung der Gefahr vor Vertragsabschluss, Anwendung finden. Auf diesen letztern Punkt sei hier Bezug genommen:

«Wenn ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt nichtig ist, wie dies Art. 20 OR erklärt, so kann ein Vorwärtsversicherungsvertrag gar nicht anders als nichtig sein, wenn im Moment des Vertragsabschlusses die Gefahr schon weggefallen oder der Schaden schon eingetreten ist.» Diese Erklärung Gantenbeins¹⁴ ist sicher richtig, aber in diesem Zusammenhang nicht ausschlaggebend, weil die Gleichheit von Wirkungen nicht zur Gleichstellung der Ursachen berechtigt.

Der Fehler liegt nach unserer Ansicht allein in der unkonsequenten Behandlung der «angeblich im Versicherungsgeschäft steckenden Eigenart», d. i. des Wegfalls der Gefahr. Sicherlich nimmt der Wegfall der Gefahr als Nichtigkeitsgrund gegenüber

⁴⁰ Gantenbein, SVZ, VIII, 132; vgl. unten § 7 dieser Arbeit.

⁴¹ Gantenbein, SVZ, VIII, 134 ff.

den gemeinrechtlichen Nichtigkeitsgründen eine Sonderstellung ein, weil mit dem Untergang der Gefahr die Voraussetzungen für den Bestand des Versicherungsvertrages dahinfallen; die Gegenleistung des Versicherers bleibt durchaus möglich, wie oben ⁴² ausgeführt wurde. Doch bezieht sich diese «angebliche Eigenart» in erster Linie auf den Wegfall während der Vertragsdauer, nicht auf den ursprünglichen Wegfall der Gefahr vor Vertragsabschluss ⁴³. Eine Sonderbehandlung des ursprünglichen Wegfalls der Gefahr wird deshalb kaum gerechtfertigt werden können. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass auch das Fehlen und die irrtümliche Annahme einer Gefahr reine versicherungsrechtliche Tatbestände darstellen, weil es sich auch hier letzten Endes um die Existenz oder Nichtexistenz der Gefahr dreht; sie dürfen der gemeinrechtlichen Unmöglichkeit nicht schlechthin gleichgestellt werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich notwendig folgender Schluss: entweder müssen alle drei Tatbestände (der Wegfall, das Fehlen und die irrtümliche Annahme der Gefahr) unter Art. 9 VVG gestellt oder nach Art. 20 OR beurteilt werden. Vgl. Lösungsvorschlag, § 7.

b) Die rechtliche Behandlung des teilweisen Gefahrwegfalls

Der teilweise Gefahrwegfall wird nach Art. 20 Abs. 2 OR beurteilt, gleichgültig ob es sich um einen teilweisen Mangel der Gefahr oder um einen teilweisen Wegfall handelt. Roelli ⁴⁴ erklärt: «Derartige Fälle sind, da spezialgesetzliche Bestimmungen fehlen, gemeinrechtlich zu würdigen (Art. 100 VVG und Art. 20 Abs. 2 OR).» In gleicher Weise sagt Ostertag ⁴⁵: «Ist die Gefahr zum Teil weggefallen (z. B. ein Teil des versicherten Transportgutes schon am Bestimmungsort angekommen), so ist OR 20 Abs. 2 anwendbar.»

⁴² Vgl. oben § 6, II, 1, a: die Eigenart des Versicherungsvertrages.

⁴³ Wenn von einem Wegfall der Gefahr gesprochen wird, so denkt man primär an einen Wegfall während der Vertragsdauer.

⁴⁴ Roelli, Kommentar, 141.

⁴⁵ Ostertag, Kommentar, Anm. 3 zu Art. 9 VVG, 95.

Wieso rechtfertigt sich hier eine unterschiedliche Behandlung gegenüber dem gänzlichen Gefahrausschluss? Wieso wird nicht Bedacht darauf genommen, ob es sich um einen teilweisen Mangel oder einen teilweisen Wegfall der Gefahr handelt? Die Begründung, «da spezialgesetzliche Bestimmungen fehlen», kann nicht befriedigen. Eine diesbezügliche Erwägung hatte konsequenterweise der Gesetzgeber anzustellen. Sicher ist es unbestritten, dass es sich auch im «teilweisen Wegfall der Gefahr» um eine versicherungsrechtliche Eigenart handelt, die der teilweisen Unmöglichkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR nicht schlechthin gleichzustellen ist.

Hier kann folgendes gesagt werden: Entweder muss Art. 20 Abs. 2 innerhalb von Art. 9 VVG angewendet werden, oder dann muss der gänzliche Wegfall der Gefahr auch nach dem gemeinrechtlichen Grundsatz beurteilt werden. Eine unterschiedliche Behandlung kann weder hinreichend begründet noch gebilligt werden.

B. Inhalt und Anwendungsbereich des Art. 10 VVG

I. Der Inhalt

In den obigen Ausführungen wurde die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung behandelt. Nach der *ratio legis* des Art. 9 VVG ist jeder Versicherungsvertrag gegen vergangene Gefahren grundsätzlich nichtig. Art. 10 VVG schliesst nun aber zwei Versicherungszweige vom Geltungsbereich des Art. 9 VVG aus und statuiert damit eine bedingte Zulässigkeit der Rückwärtsversicherung.

1. Die Ausnahmeregel des Art. 10 Abs. 1 VVG

«Die Vorschrift des Art. 9 dieses Gesetzes findet auf die Feuerversicherung hinsichtlich solcher Gegenstände, die im Auslande gelegen sind, und auf die Transportversicherung nur dann Anwendung, wenn beide Parteien beim Vertragsschlusse wussten, dass die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war.»

Diese Bestimmung schliesst zwei Versicherungsarten von der Geltung des Art. 9 VVG aus. Die eine Ausnahme gilt der Feuerversicherung⁴⁶ hinsichtlich der Gegenstände im Auslande; die andere Ausnahme bildet die Transportversicherung⁴⁷. Zur letztern äussert sich Roelli⁴⁸ wie folgt: «Der Versicherungsvertrag kann sehr häufig erst nach Beginn des Seetransportes abgeschlossen werden... Ich halte somit den besprochenen Rechtsatz in der Seeversicherung und in den verwandten Branchen für begründet. Aber auch nur hier... Die seeversicherungsrechtliche Norm müsste in den Binnenversicherungsbranchen die Möglichkeit verwerflicher Spekulationen auf Treue und Glauben, die durch Kautelen wirksam nicht zu beseitigen sind, besonders nahelegen.» Eine Gefahr besteht in einem solchen Verträge nicht, denn jede Versicherungsgefahr muss sich auf die Zukunft beziehen; vergangene Gefahren müssen als weggefallen betrachtet werden. Es wird hier aber, gestützt auf die subjektive Unkenntnis der beiden Vertragsparteien eine Gefahr angenommen, d. h. der Rechtsgrund wird fingiert. Die Gründe, die diese Rechtsfiktion rechtfertigen, liegen in den besonderen Verhältnissen des Seehandels. Gegenstände, die im Inland gelegen sind, können — der ratio legis von VVG 10 entsprechend — nur für die Zukunft versichert werden; ein Rückwärtsversicherungsvertrag hinsichtlich inländischer Objekte besteht nicht zu Recht (Art. 9 VVG).

Als Voraussetzung für die Gültigkeit der Rückwärtsversicherung gilt nach Art. 10 VVG die subjektive Ungewissheit über den objektiven Verlauf der Gefahr: «... nur dann Anwendung, wenn beide Parteien beim Vertragsabschlusse wussten, dass...». Im Gegensatz zur Anzeigepflicht bei einer Vorwärtsversicherung wird hier nur auf die tatsächliche Kenntnis abgestellt. Das Wissenmüssen oder blosser Gerüchte genügen nicht: «Beachtet wird nur das Wissen, die wirkliche Kenntnis, nicht auch das

⁴⁶ Unter Feuerversicherung versteht man die Versicherung gegen die Brandgefahr. Sie umfasst die Gegenstände, welche durch Feuer (Explosion) beschädigt oder zerstört werden können. Vgl. darüber Ostertag, Kommentar, Anm. 1 zu Art. 63 VVG.

⁴⁷ Dieser Versicherungszweig umfasst den Transport zu Wasser und zu Lande.

⁴⁸ Roelli in den Motiven, I, 97/98.

Wissenmüssen. Der Kenntnis steht es gleich, wenn die eine oder andere Partei sich absichtlich der Kenntnisnahme entzogen hat⁴⁹.» Wenn beide Parteien über den Sachverhalt unterrichtet sind, so bestimmt sich das Schicksal des Vertrages nach Art. 9 VVG.

Wenn wir uns in jene Zeit zurückversetzen und uns die Unzulänglichkeit der damaligen Uebermittlungsmöglichkeiten vergegenwärtigen, so müssen die Argumente Roellis als zutreffend erachtet werden. Die Einholung einer Nachricht aus dem Auslande war mit einigen Schwierigkeiten verbunden, hinsichtlich der Dauer wie hinsichtlich der Sicherheit. Heute aber darf man sich fragen, ob sich die Ausnahmestellung der in VVG 10 genannten Versicherungszweige noch billigen lässt. Der Zweifel erscheint berechtigt, wenn man in Betracht zieht, dass sich heute Versicherungsnehmer mit Hilfe der neuzeitlichen Errungenschaften der Technik über den objektiven Bestand der Gefahrslage Gewissheit verschaffen können. Wir sind daher der Ansicht, dass dem in Art. 9 VVG festgelegten Grundsatz der Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung sinngemäss für sämtliche Versicherungsbranchen Geltung zuzusprechen sei. Unsere Begründung stützt sich auf die umfangreichen Fortschritte, die die Technik im Verlauf der vergangenen Jahrzehnte hervorgebracht hat. Die Voraussetzungen, welche Roelli gemäss Art. 9 VVG den Binnenversicherungen zugrunde legte, sind heute auch für Auslandversicherungen verwirklicht⁵⁰. Heute kann sich ein Versicherungsnehmer die in Art. 10 VVG bedingte Kenntnis mit Leichtigkeit erwerben. Die Gelegenheit zu verwerflichen Handlungen stünde ihm auch auf Grund dieser Bestimmung offen. Freilich könnte man einwenden, der Versicherer solle im Einzelfall eine zweifelhafte Gefahrslage überprüfen und je nach seinem Gutdünken den Antrag auf Versicherung zurückweisen.

⁴⁹ Roelli, Kommentar, 144; Ostertag, Kommentar, Anm. 2 zu Art. 10. BBl 1904, 284.

⁵⁰ Laut Angaben der PTT-Verwaltung kann heute mit allen Erdteilen in telephonische Verbindung getreten werden. Am 21. Mai 1930 wurden die Telephonbeziehungen mit den Schiffen auf hoher See eröffnet. Es sei auch auf den Telegraphendienst und auf den Funkspruch verwiesen. Diese Einrichtungen gewähren die Möglichkeit, sich über jede Gefahrslage zu orientieren.

Hierzu ist folgendes zu sagen: dem Versicherer kann nicht zugemutet werden, überall, wo Anträge gestellt werden, ausfindig zu machen, ob die Möglichkeit des Eintritts eines Ereignisses noch vorliegt oder nicht. Eine durchgreifende Lösung bietet grössere Gewähr für die Rechtssicherheit und den Schutz der Mitversicherten. Primär sind die Interessen der Oeffentlichkeit zu schützen und erst sekundär die Partikulärinteressen⁵¹; dies um so mehr, als die Interessen der Einzelnen durch rechtzeitige Versicherungsnahme im vollen Rahmen geschützt werden können (vgl. § 7).

Zusammenfassend geht unsere Auffassung dahin, die in Art. 9 festgehaltene Norm⁵² sei auf alle Versicherungszweige auszuweiten, m. a. W. die Ausnahmebestimmung von Art. 10 VVG sei de lege ferenda fallen zu lassen. Nachdem jedoch der Gesetzgeber de lege lata von einer andern Auffassung ausgegangen ist, muss auf die gesetzliche Regelung abgestellt werden.

2. Kenntnis des Versicherers vom Wegfall der Gefahr

Art. 10 Abs. 2 VVG lautet: «Wusste beim Vertragsabschluss nur der Versicherer, dass die Gefahr weggefallen war, so ist der Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden. Der Versicherer hat weder auf die Prämie, noch auf Ersatz der Geschäftskosten Anspruch.»

Diese Bestimmung regelt den Fall, dass im Zeitpunkt des Abschlusses einer Transport- oder Feuerversicherung (letztere hinsichtlich im Auslande gelegener Objekte) der Versicherer von der tatsächlichen Gefahrslage (Wegfall, Eintritt des Ereignisses) Kenntnis besass, der Versicherungsnehmer hingegen sich darüber in Unkenntnis befand. Die Vorschrift nimmt Bezug auf die rechtlichen Konsequenzen, die sich aus diesem Sachverhalt ergeben.

⁵¹ Roelli, Kommentar, 147, sagt, dass die unabänderlichen Vorschriften Art. 9 und 10 im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellt seien.

⁵² Im Gegensatz dazu lässt das DVVG 2 (vgl. auch OeVVG 7) die Rückwärtsversicherung immer zu, wenn die Parteien über den Gefahrverlauf im Ungewissen sind. Die Kenntnis beider Parteien zieht hingegen die Nichtigkeit des Vertrages nach sich. Vgl. Ehrenzweig, 139 ff.; Kisch, II, 132; Bruck, 387 ff.

Die Voraussetzungen lassen sich aus dem Gesagten ableiten. Der Versicherer muss die objektive Sachlage kennen. Ein blosses Vermuten oder Ahnen genügt nicht. Der Versicherungsnehmer dagegen muss über das Schicksal der Gefahr im Ungewissen sein, ja er muss an ein Bestehen der Versicherungsgefahr glauben. Massgebender Zeitpunkt ist der Moment des Abschlusses⁵³.

Die Wirkungen umschreibt das Gesetz mit folgenden Worten: «... so ist der Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden. Der Versicherer hat weder auf die Prämie, noch auf Ersatz der Geschäftsunkosten Anspruch.» Die Bedeutung des Passus «an den Vertrag nicht gebunden» ist nicht in jeder Hinsicht klar. Gemeint ist wohl das Recht, den Vertrag aufzuheben, die getroffenen Vereinbarungen zu annullieren. Roelli⁵⁴ äussert sich für ein Rücktrittsrecht: «... er kann also vom Verträge zurücktreten». Ostertag⁵⁵ dagegen: «... er kann jederzeit ohne besondere Rücktrittserklärung Erfüllung ablehnen». Wir ziehen die Auffassung Roellis vor⁵⁶, weil mit einem Rücktrittsrecht klarere Rechtsverhältnisse geschaffen werden, was der Praxis und nicht zuletzt der Rechtssicherheit dienlich ist.

Das Gesetz schreibt keine Form vor. Die Rücktrittserklärung muss lediglich den Willen des Versicherungsnehmers bekunden, dass das Vertragsverhältnis, gestützt auf Art. 10, Abs. 2 VVG, nicht fortgesetzt werden soll. Die Anführung des Ausdrucks «Rücktritt» ist nicht erforderlich. Eine Erklärung, aus der der Wille hervorgeht, sich an den Vertrag nicht halten oder keine Prämien mehr bezahlen zu wollen, genügt mit der entsprechenden Begründung vollauf.

Zurücktreten darf nur eine gutgläubige Partei. Die Erklärung geht an den Versicherer oder an einen seiner Abschlussagenten (nicht an den Vermittlungsagenten).

Das Rücktrittsrecht ist an keine Frist gebunden; es kann daher während der ganzen Dauer des Vertrages geltend gemacht werden, «es sei denn, dass es vom Berechtigten ausdrücklich

⁵³ Wird der Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen, so ist das Wissen des Stellvertreters massgebend (analog Art. 32 OR). Vgl. Roelli, Kommentar, 139, 145; Schönenberger, Diss. 99.

⁵⁴ Roelli, Kommentar, 146.

⁵⁵ Ostertag, Kommentar, Anm. 4 zu Art. 10 VVG.

⁵⁶ So auch Gantenbein, Diss. 45.

oder stillschweigend preisgegeben wurde. Alsdann ist der Vertrag voll wirksam.» Ein stillschweigender Verzicht darf dann angenommen werden, wenn der Versicherungsnehmer nicht in der angemessenen Frist seit Kenntnis der Begebenheiten seinen Rücktritt geltend macht⁵⁷.

Art. 10, Abs. 2 VVG statuiert noch eine weitere Wirkung: «Der Versicherer hat weder auf die Prämie noch auf Ersatz der Geschäftsunkosten Anspruch.» Dem Versicherungsnehmer steht das Recht zu, schon geleistete Prämien zurückzufordern (Art. 64 OR). Sind die Prämien nur versprochen, so kann der Versicherungsnehmer deren Leistung verweigern. Auch die Geschäftsunkosten werden dem Versicherer nicht gedeckt⁵⁸.

Im Gegensatz zu VVG 10, Abs. 3 gibt der Wortlaut des Abs. 2 keinen Aufschluss über die Frage, ob der Versicherer dem gutgläubigen Versicherungsnehmer gegenüber zum Ersatz eventueller Unkosten verpflichtet sei. Hält der Gesetzgeber eine Schadenersatzpflicht für selbstverständlich? Wie Schönenberger ausführt, wäre eine gesonderte Behandlung gegenüber Abs. 3 gar nicht zu begründen⁵⁹. Wir finden ebenfalls, dass eine übereinstimmende Behandlung Platz greifen muss. Auch Roelli⁶⁰ spricht sich für eine Schadenersatzpflicht aus, weil «dasselbe gesetzgeberische Motiv vorliege».

3. Kenntnis des Versicherungsnehmers vom Wegfall der Gefahr

«Wusste beim Vertragsabschluss nur der Versicherungsnehmer, dass das befürchtete Ereignis bereits eingetreten war, so ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden. Der Versicherer hat auf Ersatz der Geschäftsunkosten Anspruch.»

Inhaltlich regelt VVG, Art. 10, Abs. 3 das Rücktrittsrecht des Versicherers, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur der Versicherungsnehmer von der Gefahrenlage Kenntnis

⁵⁷ Vgl. Roelli, Kommentar, 146.

⁵⁸ Die Ordnung im DVVG und im OeVVG weist gegenüber VVG 10, Abs. 2 keine Unterschiede auf. Hingegen erklärt das DVVG einen solchen Vertrag einfach als unwirksam; nach unserem Gesetz steht der betroffenen Partei ein Gestaltungsrecht zu (prakt. gleiche Wirkungen).

⁵⁹ Schönenberger, Diss. 98.

⁶⁰ Roelli, Kommentar, 146.

besass. Die einzelnen Wirkungen sind an folgende Voraussetzungen gebunden:

Einmal muss es sich auch hier um eine Rückwärtsversicherung der in VVG 10, Abs. 1 bezeichneten Arten handeln. Sodann muss der Vertrag gültig zustande gekommen sein. Endlich muss der Versicherungsnehmer vom Eintritt des Ereignisses Kenntnis gehabt haben. Wird der Abschluss durch einen Vertreter getätigt, so wird dessen Kenntnis relevant. Dem Vorschieben eines gutgläubigen Mittelmannes kann mit Art. 2 ZGB entgegengetreten werden⁶¹. Die absichtliche Verhinderung der objektiven Gewissheit wird dem Wissen grundsätzlich gleichgestellt. Corrodi⁶² vertritt in diesem Punkte eine andere Auffassung, indem er erklärt, die Kenntnis des Vertretenen könne nicht irrelevant sein, denn es lägen «die nämlichen Gründe vor, die zur Aufstellung des VVG 5 geführt haben». Die Uebereinstimmung der Gründe ist zwar anzuerkennen; doch lässt der zwingende Charakter der beiden Bestimmungen (Art. 9 und 10 VVG) eine Berufung auf Art. 5 VVG nicht zu⁶³.

Der Passus «an den Vertrag nicht gebunden» besagt auch hier, dass der Versicherer vom Vertrag zurücktreten kann. VVG 10, Abs. 3 verleiht dem Versicherer einen Anspruch auf Ersatz der Geschäftunkosten, schweigt sich dagegen über das Prämienschicksal aus. Roelli sagt⁶⁴: «Der Versicherer hat auf die vereinbarte Gegenleistung nach Massgabe der Bestimmung des Art. 9, Abs. 2 und 3 dieses Gesetzes Anspruch.» Diese Ueberlegung ist richtig. Eine Sanktion gegen den Versicherungsnehmer dürfte ihre Rechtfertigung schon darin finden, dass die in VVG 10 behandelte Bösgläubigkeit einer Partei in praxi wohl regelmässig auf den Versicherungsnehmer zutreffen wird. Wir verweisen auf eine Erklärung in der bundesrätlichen Botenschaft⁶⁵, wo es heisst: «Da der Versicherungsnehmer . . . regelmässig dolos gehandelt hat, sind die vorgesehenen strengen zivilrechtlichen Folgen zu billigen.» Im gleichen Sinne führt das

⁶¹ Vgl. Schönenberger, Diss. 99.

⁶² Corrodi, Diss. 105.

⁶³ So auch Gantenbein, Diss. 47.

⁶⁴ Roelli, Motive, I, 32 (zu Art. 89).

⁶⁵ BB1 1904, I, 285.

Protokoll der Expertenkommission aus, es rechtfertige sich «gleich wie bei der betrügerischen Doppelversicherung, die gesamte Prämie dem Versicherer verfallen zu lassen und sie nicht nach Massgabe des Art. 29 zu restituieren»⁶⁶. So bestimmte die damalige Fassung: «Der Versicherer hat auf die ganze vereinbarte Gegenleistung Anspruch.» Doch die Ständeratskommission stimmte dieser Regelung nicht zu. Die ablehnende Haltung wird damit begründet⁶⁷, «dass die Parität zwischen den Vertragskontrahenten soviel wie möglich gewahrt werden müsse und dass ein bösgläubiger Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer nicht ungünstiger gestellt sein dürfe, als ein bösgläubiger Versicherer gegenüber einem gutgläubigen Versicherungsnehmer». Anschliessend fährt der Bericht weiter: «Wir beschränkten daher den Anspruch des Versicherers auf den ihm entstehenden Schaden, d. h. auf Ersatz der Geschäftsunkosten, welche ihm aus diesem Geschäft erwachsen sind.» Die Begründung mit der «Parität» entspricht keineswegs der praktischen Wirklichkeit; der wissende Teil wird nie oder in den seltensten Fällen der Versicherer sein⁶⁸. So sagt auch Roelli⁶⁹: «Praktische Bedeutung hat die Frage wohl nur, wenn der Versicherungsnehmer der wissende Teil ist.» Dies zeigt, dass die heutige Regelung von Art. 10, Abs. 3 VVG⁷⁰ der praktischen Seite nicht gerecht wird.

⁶⁶ Hinsichtlich Art. 29 kann nur der 2. Abs. dieser Bestimmung gemeint sein, nämlich: «... wird jedoch der Vertrag in einer Zeit aufgelöst, in der die Gefahr für den Versicherer noch nicht zu laufen begonnen hat, so kann der Versicherer nur die Vergütung der Geschäftsunkosten fordern.» Protokoll der Expertenkommission zu Art. 12, S. 11.

⁶⁷ Sten. Bulletin, 1905, 145.

⁶⁸ Vgl. Gantenbein, Diss. 48/49: «... Poenalbestimmung scheint uns hier ebenfalls so gerechtfertigt, wie bei der Verletzung der vertraglichen Anzeigepflicht und bei der betrügerischen Anspruchsbegründung.» Und weiter unten: «Aber ausschlaggebend dürfte die rein praktische Erwägung sein, dass hier in Wirklichkeit wohl nur die Bösgläubigkeit des Versicherungsnehmers in Frage kommen wird...»

⁶⁹ Roelli in Zeitschrift für Versicherungsrecht und Wissenschaft, Bd. 2, S. 59.

⁷⁰ Im Gegensatz zu unserer Ordnung steht dem Versicherer sowohl nach DVVG § 2, Abs. 2, als auch nach OeVVG § 7, Abs. 3 ein Anspruch auf die Prämie (bis zum Schlusse der Versicherungsperiode) zu. Als massgebender Zeitpunkt gilt derjenige, in dem der Versicherer von der wahren Sachlage Kenntnis erhielt. Wird der Vertrag durch einen Vertreter abgeschlossen, so wird die Kenntnis des Vertretenen wie diejenige des Vertreters rechts-

Mit dem Rücktritt wird der Versicherer von der Haftung befreit. Der Vertrag wird rückwirkend aufgelöst. Dem Versicherer steht ein Anspruch auf Ersatz der Geschäftsunkosten zu. Eventuell schon geleistete Versicherungsbeträge können wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 64 OR) zurückgefordert werden.

II. Der Anwendungsbereich

Art. 10 VVG schliesst zwei Versicherungszweige vom Geltungsbereich des Art. 9 VVG aus. Sachlich bezieht sich die Sonderregel nur auf die Transportversicherung und die Feuerversicherung hinsichtlich der Gegenstände im Auslande. Der zeitliche Geltungsbereich geht aus dem Zwecke der Bestimmung hervor: Art. 10 VVG will die bedingte Zulässigkeit der Rückwärtsversicherung statuieren. Der Geltungsbereich bezieht sich deshalb nur auf solche Gefahren, die in der Vergangenheit liegen; zukünftige Gefahren fallen nicht unter Art. 10 VVG. Roelli⁷¹ führt in den Motiven aus: «Die in Frage stehende Norm ist eine Ausnahme vom Grundsatz, dass die Versicherung nur gegen die Folgen künftiger Ereignisse Schutz gewährt; sie fingiert eine Gefahr, die in Wirklichkeit nicht mehr droht. Die Gründe, die dieser Rechtsfiktion gerufen haben, liegen ausschliesslich in den besondern Verhältnissen des Seehandels. Der Versicherungsvertrag kann sehr häufig erst nach Beginn des Seetransportes abgeschlossen werden... Ich halte somit den besprochenen Rechtssatz in der Seeversicherung und in den verwandten Branchen für begründet. Aber auch nur hier...»

Art. 10 VVG geht von der Voraussetzung aus, dass die Gefahr in ihrem ganzen Umfang weggefallen war, durch den Wegfall aller wandelbarer Tatsachen oder durch den Eintritt des Ereignisses. Welche Sachlage besteht aber, wenn die Gefahr nur teilweise untergegangen war und sich die Kenntnis einer

erheblich. Auch diese letztere Regelung dürfte zweifellos die bessere sein. Der Versicherungsnehmer soll, wenn er über den Eintritt des Ereignisses Gewissheit erlangt hat, nach Treu und Glauben verpflichtet sein, einen Abschluss des Vertrages durch seinen Vertreter zu verhindern.

⁷¹ Roelli, Motive, I, 97/98.

Partei nur auf diesen Teil beschränkt? Welches ist das Schicksal der Verträge, die nach Art. 10 VVG gültig zustande gekommen sind? Auf diese Fragen soll im Folgenden eingegangen werden.

1. Der teilweise Wegfall und Art. 10, Abs. 2 VVG

Hier geht es um die Frage, ob der Rücktritt des Versicherungsnehmers den ganzen Vertrag oder bloss den weggefallenen Teil erfassen soll. Wir setzen voraus, dass der Versicherer von diesem weggefallenen Teil Kenntnis besitzt.

Die Bedeutung dieser Frage sei an folgendem Beispiel erläutert: Die Gesellschaft X will zwei Ladungen nach Europa transportieren lassen. Beide Ladungen werden versichert. Der Versicherer weiss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dass eine der beiden Ladungen schon am Bestimmungsort angelangt ist. Der Versicherungsnehmer erfährt erst später von diesem Sachverhalt. Das Schicksal der zweiten Ladung bleibt noch ungewiss. Soll nun der Rücktritt zwingend den ganzen Vertrag betreffen, so wird es dem Versicherungsnehmer vielfach schwer fallen, sich zu entscheiden, insbesondere dann, wenn er zwischen zwei Nachteilen zu wählen hätte.

Roelli⁷² nennt den Art. 10, Abs. 2 VVG eine Bestimmung zum Schutze des gutgläubigen Versicherungsnehmers. Schon von diesem Gesichtspunkte aus dürfte ein Teilrücktrittsrecht zu befürworten sein. Diese Lösung scheint auch dem Grundgedanken der Vorschrift zu entsprechen, die nicht einfach eine förmliche und starre Wirkung festlegt, sondern das Schicksal des Vertrages dem Versicherungsnehmer (Gestaltungsrecht) anheim stellt. Für die Vorwärtsversicherung gilt der Satz der Motive⁷³: «Es versteht sich von selbst, dass, wenn nicht die ganze Gefahr, sondern nur einzelne Gefahrereignisse unmöglich geworden sind, der Vertrag zu Recht besteht.» Da es sich in den von Art. 10 VVG stipulierten Ausnahmen um gültige Versicherungsverträge handelt, muss der genannte Grundsatz wohl auch hier Platz

⁷² Roelli, Kommentar, 146.

⁷³ Motive, I, 99 (zu Art. 12).

greifen. Die Haftung des Versicherers würde demnach für den übriggebliebenen Gefahren teil weiterhin bestehen, es sei denn, dass der Versicherungsnehmer freiwillig vom ganzen Verträge zurücktritt. Eine unterschiedliche Behandlung als die, welche sich logisch aus dem Gesagten ergibt, wäre nicht erklärlich.

2. Der teilweise Wegfall und Art. 10, Abs. 3 VVG

Wenn die Kenntnis des Versicherungsnehmers nur einen teilweisen Eintritt des Ereignisses betrifft, so erscheint eine analoge Anwendung von Art. 20, Abs. 2 OR ebenfalls als gerechtfertigt. Alsdann entsteht eine Haftung des Versicherers nur hinsichtlich der noch möglichen Gefahr. Hinsichtlich des verschwiegenen Teils steht fest, dass der Versicherer zu keiner Leistung verpflichtet werden kann.

Zingg⁷⁴ will dem Versicherer nur ein Kündigungsrecht zuerkennen mit der Begründung, dass mit einer Kündigung die Interessen des Versicherers genügend gewahrt seien: «Die Wirkungen des Rücktritts würden zu weit gehen.» Gantenbein⁷⁵ hingegen weist darauf hin, dass diese Frage dadurch, dass das Gesetz dem Versicherer grundsätzlich jeden Prämienanspruch nimmt, entschieden sein dürfte. Diese Auffassung Gantenbeins halten wir für richtig; sie dürfte auch der praktischen Ueberlegung, dass es sich in all diesen Fällen meistens um ein doloses Verhalten des Versicherungsnehmers handelt, besser angepasst sein.

Wie verhält es sich mit den Prämien? Das DVVG sieht eine entsprechende Herabsetzung vor, wenn ein Teil der Versicherungsgefahr wegfällt⁷⁶. Das DVVG setzt hier jedoch voraus, dass beiden Parteien der teilweise Wegfall bekannt war. Im Falle von Art. 10, Abs. 3 VVG liegt aber ein doloses Verhalten des Versicherungsnehmers vor. Unter diesen Umständen erscheint der Anspruch des Versicherers auf die gesamte Prämie (Art. 24 VVG) gerechtfertigt⁷⁷. Die Bestimmungen des Art. 42

⁷⁴ Zingg, 24 ff.

⁷⁵ Gantenbein, Diss. 49.

⁷⁶ Vgl. Kisch, I, 164.

⁷⁷ Vgl. Roelli in den Motiven, I, 48.

VVG (Parallelvorschrift zu Art. 20, Abs. 2 OR) gewähren dem Versicherer keinen Anspruch auf die Prämie, wenn er bei teilweisem Eintritt des Ereignisses (Teilschaden) von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Diese Regelung findet hier, wo ein vertragswidriges Verhalten des Versicherungsnehmers vorliegt, keine Anwendung.

§ 7. DAS VERHÄLTNISS VON ART. 9 VVG ZU ART. 20 OR

Art. 9 VVG wurde ins Gesetz aufgenommen, um die Streitfrage, ob die Rückwärtsversicherung zuzulassen sei, für unser VVG zu entscheiden⁷⁸. Die ratio legis besagt eindeutig: Der Vertrag für einen vergangenen Gefahrverlauf ist nichtig.

Roelli stellt die in Art. 9 VVG niedergelegte Vorschrift dem gemeinrechtlichen Grundsatz gleich, den Art. 20 OR für die ursprüngliche — beim Vertragsabschluss vorhandene — objektive Unmöglichkeit der Leistung statuiert: «In der in Art. 9 niedergelegten Vorschrift prägt sich also im Hinblick auf die Versicherungsverträge lediglich der gemeinrechtliche Grundsatz aus, ...». Dieser Grundsatz gilt nun in erster Linie für diejenigen Verträge, welche Versicherungsschutz für einen vergangenen Zeitraum gewähren; auf Verträge, welche für die Zukunft abgeschlossen werden, kommt Art. 9 nur dann zur Anwendung, wenn die Versicherungsgefahr im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weggefallen war. Alle andern Fälle (irrigte Annahme einer Gefahr, Mangel der Gefahr, Unmöglichkeit der Gefahr) werden nicht nach Art. 9, sondern nach Art. 20 OR beurteilt⁷⁹.

Man wird sich mit Recht fragen, warum die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung und der ursprüngliche Wegfall der Gefahr nicht dem gemeinrechtlichen Grundsatz (OR 20) unterstellt werden, zumal doch der teilweise Wegfall nach Art. 20, Abs. 2 OR bestimmt wird. Auf diese Fragen soll in den folgenden Darlegungen Bezug genommen werden.

Zur gründlichen Abklärung sind namentlich folgende Punkte

⁷⁸ Roelli, Kommentar, 138.

⁷⁹ Ueber den Anwendungsbereich des Art. 9 VVG: vgl. oben § 6, A, II.

zu prüfen: Einmal die Frage, ob überhaupt ein berechtigtes Bedürfnis zur Anerkennung der Rückwärtsversicherung besteht; dann die Frage, ob die Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR nichtig ist, und endlich wird noch erörtert, welche Ordnung de lege ferenda die zweckmässigste wäre.

I. Die Frage der Anerkennung der Rückwärtsversicherung

Nach DVVG 2 und OeVVG 7 besteht die Rückwärtsversicherung immer dann zu Recht, wenn die Parteien über den Gefahrverlauf im Ungewissen sind⁸⁰. In diesem Sinne erklärt Ehrenzweig⁸¹: «Die Versicherungsgefahr ist also in Wirklichkeit nicht mehr vorhanden. Aber die Ungewissheit ihres Schicksals — Ablauf oder Verwirklichung — macht sie versicherungsfähig. Für die gesetzliche Gestattung dieser Rückwärtsversicherung spricht ein dringendes Bedürfnis.» Gantenbein⁸² geht noch weiter, wenn er erklärt: «Wir halten die subjektive Ungewissheit über den Risikoablauf sogar für allein ausschlaggebend bei der Frage über das Bestehen eines berechtigten Versicherungsbedürfnisses. Daher scheint uns ein Versicherungsbedürfnis für einen ungewissen vergangenen oder zukünftigen Risikoablauf grundsätzlich gleichermassen berechtigt.» Weiter unten⁸³: «Grundsätzlich ist ... die Ungewissheit über die Zukunft nicht wesensmässig verschieden. Es ist übrigens sogar möglich, dass die subjektive Ungewissheit über etwas Vergangenes grösser ist, als über etwas Zukünftiges.»

Das sind die Argumente für ein berechtigtes Bedürfnis der Rückwärtsversicherung. Wie im folgenden gezeigt wird, kann diese Begründung nicht als stichhaltig angesehen werden.

1. Die subjektive Ungewissheit

Nach unserer Auffassung können diese Argumente nicht als zutreffend angesprochen werden. Zuzugeben ist, dass ein Be-

⁸⁰ Bruck, 387 ff.; Ehrenzweig, 139 ff.

⁸¹ Ehrenzweig, 139.

⁸² Gantenbein, SVZ, VIII, 131 ff.

⁸³ a. a. O. als Fussnote angeführt.

dürfnis zur Versicherung vorliegt, solange die subjektive Ungewissheit über den Risikoablauf besteht. Doch kann bei der Frage, ob die Berechtigung für ein Versicherungsbedürfnis vorliegt, die subjektive Ungewissheit nicht als allein ausschlaggebend bezeichnet werden. Im Grunde genommen spricht Gantenbein die Gedanken aus, welche Roelli für Art. 10 VVG festlegt. Dort verlangt Roelli⁸⁴ im Hinblick auf die Anwendung des Art. 10 VVG die subjektive Ungewissheit über den vergangenen Risikoverlauf. Gantenbein hält aber allgemein ein berechtigtes Bedürfnis für die Rückwärtsversicherung als gegeben, wenn subjektive Ungewissheit über den Gefahrverlauf vorliegt. Darin liegt eine Verallgemeinerung der Motive, welche ausschliesslich für die in Art. 10 VVG statuierten Ausnahmen ihre Berechtigung haben.

Die subjektive Ungewissheit kann nicht ausschlaggebend sein in der Frage, ob ein berechtigtes Bedürfnis zur Rückwärtsversicherung besteht. Massgebend ist der auf die Behebung des Mangels⁸⁵ gerichtete Wille, mit Hilfe der möglichen Mittel sich Gewissheit zu verschaffen. Praktisch lässt sich heute jede Ungewissheit beheben, allerdings unter der Bedingung, dass der Versicherungsnehmer das Seinige dazu beiträgt. Freilich trifft den Versicherungsnehmer nach Art. 4 VVG keine eigentliche Erkundigungspflicht⁸⁶. Diese Bestimmung gilt aber nicht primär für die Rückwärtsversicherungsverträge, die ja nur eine Ausnahmestellung einnehmen. Der Versicherungsnehmer darf sich nicht gegen Treu und Glauben der Kenntnis entziehen (Art. 2 ZGB). Bei Versicherung für vergangene Gefahren dürfte dieser Grundsatz in erhöhtem Masse zutreffen, weil die Möglichkeit des Ereignisses im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr besteht; die Gefahrslage ist objektiv gewiss. Daraus ergibt sich von selbst, dass die Pflicht zur Klärung der Gefahrslage nicht derjenigen für eine zukünftige Gefahr schlechthin gleichgestellt werden kann. Wenn auch vereinzelte

⁸⁴ Roelli, Kommentar, 145.

⁸⁵ Dieser Mangel — Ungewissheit ist ein Mangel der Beziehung des geistigen Vermögens zum Objektiven — kann in jedem beliebigen Gefahrenkreis für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft vorliegen.

⁸⁶ Ostertag, Kommentar, Anm. 10 zu Art. 4 VVG.

Fälle, in denen die subjektive Ungewissheit tatsächlich vorliegt, denkbar sein mögen, so darf doch nie eine allgemeine Norm auf diese Minderheit abgestellt werden. Aus dieser Ueberlegung lehnen wir die Auffassung Gantenbeins, wonach die subjektive Ungewissheit von so entscheidender Bedeutung sei, ab.

2. Die subjektive Ungewissheit über Vergangenheit und Zukunft

Die Feststellung, die subjektive Ungewissheit sei das allein massgebende Kriterium bei der Frage, ob ein Versicherungsbedürfnis für einen vergangenen Risikoverlauf zu Recht bestehe, gestattet noch keine schlüssige Folgerung auf ein gleichberechtigtes Versicherungsbedürfnis für Vergangenheit und Zukunft. Noch viel weniger rechtfertigt sich eine Schlussfolgerung auf die wesensmässige Gleichheit der Ungewissheit über die Vergangenheit und über die Zukunft.

Die Ablehnung der Gleichberechtigung stützt sich zum Teil auf die Argumente die oben genannt wurden. Es sei hier festgehalten, dass eine Abklärung des objektiven Sachverhaltes mit Hilfe der modernen Verkehrsmöglichkeiten regelmässig gelingen sollte, bevor kraft vertraglicher Bindung eine Haftung des Versicherers für einen eventuell schon eingetretenen Versicherungsfall entsteht. Auch der Unterschied zwischen den beiden Sachverhalten begründet die Ablehnung. Von einer Gleichberechtigung könnten wir nur dann sprechen, wenn bei einer Versicherung für einen vergangenen Risikoverlauf die wesentlichen Merkmale der zukünftigen Gefahrslage, nämlich die subjektive und objektive Ungewissheit vorlägen, was aber begrifflich nicht möglich ist; eine vergangene Gefahrslage ist objektiv immer gewiss.

«Grundsätzlich ist . . . die Ungewissheit über die Vergangenheit und über die Zukunft nicht wesensmässig verschieden.» Damit erklärt Gantenbein, es mache keinen wesensmässigen Unterschied, ob das Objekt der Ungewissheit, d. i. die Gefahrslage, der Zukunft oder der Vergangenheit angehöre. Das wesentliche Merkmal der Zukunft besteht in der allseitigen Un-

gewissheit. Gewissheit entsteht erst in der Gegenwart, d. h. in dem Zeitpunkt, wo Werdensmöglichkeit die Seinsbestimmung findet. Vergangenheit hingegen ist Verwirklichung. Die Ungewissheit kann sich hier nur auf die Form der objektiv gewordenen Möglichkeit und auf den Zeitpunkt der Verwirklichung dieser Möglichkeit beziehen. Der Gegenstand der beiden Ungewissheitsarten ist deshalb nicht der gleiche. Die Verschiedenheit von zwei Begriffen in bezug auf ihren Gegenstand drückt nun aber ihre wesentliche Verschiedenheit aus. Aus diesem Grunde lehnen wir die Auffassung Gantenbeins ab, weil die Ungewissheit über die Vergangenheit und über die Zukunft wesensmässig verschieden sind.

Unsere Darlegungen führen dazu, kein berechtigtes Bedürfnis zur Rückwärtsversicherung anzuerkennen. Insbesondere fällt ins Gewicht, dass heutzutage regelmässig die Möglichkeit besteht, sich über einen vergangenen Gefahrenverlauf mit den dazu dienlichen Mitteln Gewissheit zu verschaffen. De lege ferenda möchten wir diese einst zeitbedingte Schutzeinrichtung endgültig aus dem Versicherungsbereich ausschliessen.

II. Die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR

Roelli⁸⁷ bezeichnet Art. 9 VVG als eine auf den Versicherungsvertrag zugeschnittene Wiederholung von Art. 20 OR. Gantenbein⁸⁸ vertritt nun die Auffassung, dass die Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR durchaus möglich sei. Es bestehe vom juristischen Standpunkt aus kein Grund, die Versicherbarkeit abzulehnen wegen der objektiv vorliegenden Verwirklichung oder Nichtverwirklichung des Schadens.

Im Folgenden wird untersucht, ob Art. 9 VVG eine Wiederholung von Art. 20 OR darstellt, oder ob Art. 9 VVG die Nichtigkeit gewisser Verträge, nämlich der Rückwärtsversicherungsverträge, statuiert, die nach Art. 20 OR gültig wären. Im letzteren Sinne ist Art. 9 VVG keine Wiederholung der gemein-

⁸⁷ Roelli, Kommentar, 138.

⁸⁸ Gantenbein, SVZ, VIII, 132.

rechtlichen Bestimmung, sondern nur eine Ausnahmeregel gegenüber Art. 20 OR.

1. Voraussetzungen und Wirkungen der Nichtigkeit nach Art. 20 OR

Diese Bestimmung erklärt ein Rechtsgeschäft dann als unwirksam⁸⁹, wenn es die von den Parteien gewollte Rechtswirkung nicht mehr herbeiführen kann⁹⁰. Geschäfte, welche unwirksam sind und nicht wirksam werden können, sind nichtig.

Art. 20 OR lautet: «Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.» Dass ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt nichtig sein muss, folgt schon aus dem Wesen der Obligation, welche die Erfüllungsmöglichkeit begrifflich voraussetzt: «impossibilium nulla est obligatio» (Röm. R. 1. 185 D. 50, 17). Eine kurze Erläuterung des Grundsatzes erscheint der folgenden Darlegungen wegen als notwendig.

Der hier ausgesprochene Satz bezieht sich nur auf die anfängliche Unmöglichkeit; die nachträgliche Unmöglichkeit wird in den Art. 96, 97 ff. und 119 OR behandelt⁹¹. Das Kriterium der Möglichkeit oder Unmöglichkeit liegt in der Erfüllbarkeit oder Nichterfüllbarkeit des Vertrages. So genügt zur Annahme der anfänglichen Unmöglichkeit, dass der Vertrag im Zeitpunkt des Abschlusses als unerfüllbar erscheint. Umgekehrt kommt ein gültiger Vertrag dann zustande, wenn dessen Inhalt anfänglich als möglich erschien.

Die Vorschrift in Art. 20 OR bezieht sich auf die objektive Unmöglichkeit. Es fällt nicht in Betracht, ob die Unmöglichkeit faktisch oder rechtlich, absolut oder relativ ist. Es genügt die Tatsache der Unmöglichkeit des Vertragsinhaltes. Die subjektive Auffassung vermag an dieser Tatsache nichts zu ändern.

Der Anwendungsbereich des Art. 20 OR richtet sich auf das zukünftige oder gegenwärtige objektive Unmöglichsein. Tatsachen der Vergangenheit, welche einen Vertrag für einen schon

⁸⁹ Becker, Kommentar zu Art. 20 OR.

⁹⁰ Vgl. von Thur, I, 199.

⁹¹ Vgl. BGE, 36, II, 200.

verflossenen Zeitraum als nichtig bestimmen, werden vom gemeinrechtlichen Grundsatz nicht erfasst.

Die Nichtigkeit äussert folgende Wirkungen: Der Vertrag entfaltet ipso iure keine rechtlichen Wirkungen. Das Recht ignoriert einfach das faktische Rechtsverhältnis. Die Nichtigkeit wirkt ex tunc; also müssen die schon vollzogenen Leistungen zurückerstattet werden⁹². Bei Versicherungsverträgen: Zurückerstattung zum voraus bezahlter Prämien, Ersatz der Geschäftskosten an den Versicherer, Aufhebung aller Leistungsversprechen und eingegangener Obliegenheiten.

Die Nichtigkeit wird nicht aufgehoben, wenn nach Abschluss des Vertrages der Nichtigkeitsgrund wegfällt; die Nichtigkeit ist unheilbar (quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere). Sollten sich die Parteien bei einem nachträglichen Wegfall des Nichtigkeitsgrundes wieder einigen, so bedeutet das nicht eine Konvaleszenz des nichtigen Vertrages, sondern einen neuen Abschluss⁹³.

2. Die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR

Vom praktischen Gesichtspunkte aus mag es kaum interessieren, ob Art. 20 OR den durch Art. 9 VVG statuierten Nichtigkeitsfall zulässt. Die Bedeutung der Frage liegt aber darin, dass mit ihrer Lösung die Anerkennung des Art. 9 VVG als Wiederholung des Art. 20 OR begründet wird.

Gantenbein⁹⁴ begründet die Zulässigkeit der Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR wie folgt: «Wir finden nun aber namentlich, dass beim Abschluss einer Rückwärtsversicherung durch den Vertragswillen beider Parteien etwas objektiv Unmögliches . . . zu einem möglichen Vertragsinhalt erhoben wird.» Eine Klarlegung muss folgendes ergeben: Die subjektive Ungewissheit vermag etwas objektiv Unmögliches zu etwas Möglichem zu erheben; m. a. W. der Wille der Parteien kann einen objektiv unmöglichen Vertragsinhalt in einen objektiv mög-

⁹² Bei einem Kauf bedeutet dies: Zurückgabe von Ware und Kaufpreis; Schadenersatzansprüche vorbehalten.

⁹³ Vgl. die Ausführungen von Guhl, Lehrbuch, 45.

⁹⁴ Gantenbein, SVZ, VIII, 132.

lichen umbilden (die subjektive Möglichkeit liegt schon der Ungewissheit zugrunde).

Zwei Momente scheinen uns gegen diese Auffassung zu sprechen: eine gesetzestechnische Erwägung und eine logische Erwägung.

a) Die gesetzestechnische Erwägung

Art. 20 OR beschränkt grundsätzlich seine Wirkung auf die gegenwärtige und die zukünftige Unmöglichkeit des Vertragsinhaltes. Einen Tatbestand, der der Rückwärtsversicherung auch nur ähnlich wäre, finden wir in den übrigen Rechtsgebieten nicht. Denn die Rückwärtsversicherung stellt eine spezifisch versicherungsrechtliche Erscheinung dar.

Der gemeinrechtliche Grundsatz des Art. 20 OR lässt die vertragliche Bindung nicht entstehen, wenn die Unmöglichkeit des Inhalts schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt. Der Wille der Parteien ist nicht imstande, einen nichtigen Vertrag wegen unmöglichen Inhalts zu einer rechtskräftigen Verbindlichkeit zu erheben. Ein nichtiger Vertrag kann nicht anders als unwirksam sein. Ferner lässt Art. 20 OR die vertraglichen Wirkungen eo ipso fallen, wenn während der Vertragsdauer sich Umstände einstellen, die eine Erfüllung der vereinbarten Vertragsleistungen unmöglich machen. Diese Wirkung erfasst den ganzen Vertrag *ex tunc*.

Bei der Rückwärtsversicherung (Art. 9 und 10 VVG) besteht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Gefahr mehr. Der Vertragsinhalt ist objektiv unmöglich. Art. 10 VVG schafft für Art. 20 OR die Rechtslage, die vorliegen würde, wenn nach dieser Bestimmung die Rückwärtsversicherung zulässig wäre. Art. 10 VVG setzt für die Gültigkeit des Vertrages die subjektive Ungewissheit voraus. Nun gilt aber die subjektive Ungewissheit der Parteien im Sinne von Art. 20 OR in bezug auf die Rechtskräftigkeit des Vertrages als unerheblich. Eine Rückwärtsversicherung müsste demnach auch nach Art. 20 OR nichtig sein. Rein doktrinäre Ueberlegungen haben vor den Anforderungen zurückzutreten, die sich aus den konkreten Besonderheiten des Versicherungsrechtes ergeben.

b) Die logische Erwägung

Die logische Ueberlegung gilt dem Satze: «Wir finden nun aber namentlich, dass beim Abschluss einer Rückwärtsversicherung durch den Vertragswillen beider Parteien etwas objektiv Unmögliches... zu einem möglichen Vertragsinhalt erhoben wird.» Gantenbein versucht offenbar, eine objektive Möglichkeit zu konstruieren, damit die Rückwärtsversicherung sich überhaupt in den Rahmen von Art. 20 OR einfügen liesse. Der gemeinrechtliche Grundsatz nimmt ja auf den Willen der Parteien keinen Bedacht.

Nun kann aber durch den Parteiwillen niemals ein objektives Sein wieder in den Zustand der Potenz zurückversetzt werden; m. a. W. etwas objektiv Unmögliches wird nie in einen möglichen Vertragsinhalt umgewandelt werden können. Die Grundlage hierfür ergibt sich schon aus dem Prinzip: *Idem non potest simul esse et non esse*. Damit ist erwiesen, dass auch Art. 20 OR die Rückwärtsversicherung nicht zuliesse. Art. 9 VVG stellt demnach eine Wiederholung der gemeinrechtlichen Bestimmung dar, wonach ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt nichtig ist.

III. Lösungsvorschlag

Nachdem nun feststeht, dass Art. 9 VVG eine auf den Versicherungsvertrag zugeschnittene Wiederholung der gemeinrechtlichen Bestimmung darstellt, wird man sich mit Recht fragen: Wenn die Rückwärtsversicherung nach Art. 20 OR nicht möglich ist, wie lässt sich dann der Bestand des Art. 9 VVG überhaupt noch rechtfertigen?

Roelli⁹⁵ führt für den Bestand des Art. 9 VVG zwei Argumente an: «Trotz der Bestimmung des Art. 100 VVG erscheint die Vorschrift als geboten. Zu einem doppelten Zwecke. Einmal um den Standpunkt, den das VVG gegenüber einer, in der Theorie und Praxis noch bestrittenen Rechtsfrage⁹⁶ einnimmt, bestimmt zum Ausdrucke zu bringen. Und sodann, um die von

⁹⁵ Roelli, Kommentar, 138.

⁹⁶ Vgl. Motive, I, 97/98.

Art. 10 vorbehaltenen Ausnahmen als solche scharf hervortreten zu lassen.»

Im ersten Argument liegt das grundlegende Motiv, das eine ausdrückliche Normierung der Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung verlangt, zumal gewisse ausländische Gesetze die Zulässigkeit der Rückwärtsversicherung aus den oben dargelegten Gründen billigen. Es sei auch darauf hingewiesen, dass Art. 20 OR sich nur auf eine gegenwärtige oder zukünftige Unmöglichkeit bezieht. Freilich gelten die gemeinrechtlichen Grundsätze auch für die Versicherungsverträge; das Versicherungsrecht ist ja nur ein Teil der allgemeinen Rechtsordnung. Doch stellt gerade die Rückwärtsversicherung eine spezifisch versicherungsrechtliche Erscheinung dar, die den übrigen Rechtsgebieten fremd ist. Deshalb halten wir eine Wiederholung des gemeinrechtlichen Grundsatzes als angebracht; eine Sondervorschrift, die ausdrücklich die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherungsverträge statuiert, dürfte durchaus gerechtfertigt sein.

In der Beurteilung des zweiten Argumentes, das den Bestand der Bestimmung von Art. 9 VVG befürworten soll, besinnen wir uns der Beweggründe, die Roelli veranlassten, für die Ausnahmebestimmung Art. 10 VVG einzutreten. Das Grundmotiv lag in der Berücksichtigung der unzulänglichen Verbindungsmöglichkeiten von damals, welche das Beschaffen der rechtzeitigen Gewissheit über die objektive Gefahrenlage häufig vereitelten. Nur dieser Gesichtspunkt gestattet das zweite Argument für den Bestand des Art. 9 VVG sprechen zu lassen⁹⁷.

Einer Ausnahme muss logischerweise immer ein allgemeines Prinzip zugrunde liegen. Für Art. 10 VVG findet sich die allgemeine Norm in Art. 9, im Statut der Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung; Art. 10 VVG setzt deshalb Art. 9 notwendig voraus.

Ueber die ratio legis des Art. 9 VVG, die eindeutig und unbestritten ist, braucht hier nicht mehr gesprochen zu werden. Der grosse Nachteil liegt aber einerseits im unklaren Wortlaut der Bestimmung selbst, anderseits in der unkonsequenten An-

⁹⁷ Heute kann dieses Argument nicht mehr angeführt werden, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil sich die Voraussetzungen in verkehrstechnischer Hinsicht vollkommen umgestellt haben.

wendung auf die Vorwärtsversicherung. Hier muss de lege ferenda eine Lösung gefunden werden, die eine konsequente Abgrenzung des Geltungsbereiches festlegt.

Für eine Ordnung innerhalb von Art. 9 VVG spricht hauptsächlich die Ueberlegung, dass der Wegfall der Gefahr eine dem Versicherungsrecht eigene Erscheinung darstellt und nicht schlechthin der gemeinrechtlichen Unmöglichkeit gleichgestellt werden kann⁹⁸. Für die Anwendung des gemeinrechtlichen Grundsatzes auf die Vorwärtsversicherung sprechen die genannten praktischen Ueberlegungen⁹⁹.

Wird Art. 9 VVG de lege ferenda für die Vorwärtsversicherung beibehalten, so müsste die Bestimmung um einen Zusatz erweitert werden: «... die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war oder soweit diese Möglichkeiten gar nicht bestanden haben»¹⁰⁰. Der teilweise Wegfall der Gefahr müsste analog Art. 20, Abs. 2 OR innerhalb von Art. 9 VVG beurteilt werden. Da nur theoretische Erwägungen für diese Lösung sprechen, möchten wir de lege ferenda eine andere einfachere Regelung vorschlagen.

1. Die Regelung der Rückwärtsversicherung de lege ferenda

Die Unklarheit der Bestimmung ist einmal dem Umstande zuzuschreiben, dass der Gesetzgeber nicht ausdrücklich von der Rückwärtsversicherung spricht. De lege ferenda erscheint eine Abänderung des Wortlautes des Art. 9 VVG als unumgänglich. In diesem Sinne sollte Art. 9 VVG etwa folgendermassen lauten: «Die Rückwärtsversicherung ist nichtig», oder «Der Versicherungsvertrag ist nichtig, wenn die Gefahr in der Vergangenheit liegt», oder «Die Versicherungsgefahr muss eine zukünftige sein. Gefahren, die vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses liegen, sind nicht versicherbar».

⁹⁸ Vgl. oben, § 6, A, II, 1: Die Eigenart des Versicherungsvertrages und die Unmöglichkeit im Versicherungsvertrag.

⁹⁹ Vgl. oben, § 6, A, II, 2: Die gleichen Wirkungen und die rechtliche Behandlung des teilweisen Gefahrwegfalls.

¹⁰⁰ So schlägt es Ehrenzweig für das OeVVG vor. Vgl. Ehrenzweig, 137.

Die Ausnahmestellung der in Art. 10 VVG vorbehaltenen Versicherungszweige ist überholt. Dem Verbot der Rückwärtsversicherung sollte für sämtliche Versicherungszweige Geltung zukommen. Hingegen muss der zwingende Charakter (VVG 97) fallen gelassen werden, damit jenen Fällen, in denen sich tatsächlich ein berechtigtes Bedürfnis für den Abschluss einer Rückwärtsversicherung nachweisen lässt, durch die Möglichkeit von Vereinbarungen inter partes Rechnung getragen werden kann¹⁰¹. Wenn die Rückwärtsversicherung grundsätzlich untersagt ist, kann die Gefahr des Missbrauchs wohl kaum mehr als ein stichhaltiges Argument für die Verleihung eines absolut zwingenden Charakters angesprochen werden.

2. Die Anwendung des Art. 20 OR auf die Vorwärtsversicherung

Hier handelt es sich nur um die Frage, ob der Wegfall der Gefahr bei der Vorwärtsversicherung (im Zeitpunkt des Abschlusses) der Konsequenz halber auch unter Art. 20 OR gestellt werden soll. Eine Sonderbehandlung des Wegfalls ist nicht gerechtfertigt¹⁰²; die Begründung, es handle sich um eine «angeblich im Versicherungsgeschäft steckenden Eigenart» kann nicht befriedigen. Wir schlagen vor, dass die ursprüngliche Unmöglichkeit der Vorwärtsversicherung de lege ferenda nach Art. 20 OR beurteilt werden soll. Diese Lösung stellt eine einfache, konsequente und praktische Ordnung dar.

Zweites Kapitel:

DIE WIRKUNGEN DES WEGFALLS DER GEFAHR

Im ersten Kapitel des zweiten Teils wurden der Inhalt und der Anwendungsbereich der Art. 9 und 10 VVG behandelt. In den folgenden Ausführungen über die Wirkungen werden wir uns an die gemeinrechtlichen Grundsätze halten, weil die gesetzliche Regelung des Wegfalls keine befriedigende Lösung gibt.

¹⁰¹ Solche Fälle bilden die Ausnahme.

¹⁰² Vgl. oben, § 6, A, II, 2.

Art. 20 OR erfasst nur die ursprüngliche Nichtigkeit, demnach nur den Fall, in welchem die zu versichernde Gefahr im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weggefallen war, bzw. mangelte. Welche Wirkungen knüpfen sich an einen Wegfall vor Wirkungsbeginn? Wie verhält es sich, wenn nur ein Teil der Gefahr mangelt oder weggefallen war vor Wirkungsbeginn des Vertrages oder während der Dauer der Versicherung? Wie soll ein Wegfall während der Vertragsdauer beurteilt werden? Unser VVG enthält über diese Fragen keine Normen¹⁰³, trotzdem es sich um spezifisch versicherungsrechtliche Erscheinungen handelt, die den Vertragsbestand zu zerstören vermögen.

Dieses Kapitel gilt der Prüfung der Wirkungen, die ein Wegfall der Gefahr auf den Bestand des Vertrages selbst, sodann auf die rechtliche Stellung der beiden Parteien ausübt. Im folgenden Paragraphen geht es um die Frage, welche Rechtsfolgen der Mangel der Gefahr¹⁰⁴ nach sich zieht, welche Wirkungen ein teilweiser Gefahrmangel mit sich bringt.

§ 8. MANGEL DER GEFAHR

I. Der Mangel der ganzen Gefahr

Durch den Versicherungsvertrag verspricht der Versicherer eine Leistung für den Fall, dass das befürchtete Ereignis während der Dauer des Vertrages eintritt; der Versicherungsnehmer verpflichtet sich zur Leistung einer Prämie. Wenn im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages die Gefahr mangelt, sei es, dass sie weggefallen war oder sich schon verwirklicht hat, oder sei es, dass sie überhaupt nie bestand, so kann der Versicherer nie in die Lage kommen, für eine Gefahr eintreten zu müssen. Der Versicherungsnehmer kann in diesem Falle gar kein Inter-

¹⁰³ Im Gegensatz zum DVVG und OeVVG. Vgl. Jaeger, II, 51: «... DVVG 68, der in unserem Recht keine Parallele hat.»

¹⁰⁴ Von einem Mangel der Gefahr sprechen wir immer dann, wenn die zu versichernde Gefahr im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus irgend einem Grunde nicht, oder nicht mehr vorhanden ist. Ob die Gefahr durch Verwirklichung oder Wegfall untergegangen ist, oder ob sie überhaupt nie bestanden hat, spielt keine Rolle: in allen diesen Fällen liegt ein Mangel der Gefahr vor.

esse mehr an einem Versicherungsabschluss haben, da die Gefahr nicht oder nicht mehr existiert.

Ein solcher Vertrag ist nach Art. 20 OR nichtig; er vermag keine rechtlichen Wirkungen auszulösen. Schon erstattete Leistungen (zum voraus bezahlte Prämien) müssen zurückgegeben werden (Art. 68 OR). Dem Versicherer steht ein Anspruch auf Ersatz der Geschäftsunkosten zu.

Der Passus «der Vertrag ist nichtig» kann dem entsprechenden Passus in Art. 10 VVG «an den Vertrag nicht gebunden» nicht gleichgestellt werden. Denn nach Art. 10 VVG besteht der Vertrag grundsätzlich zu Recht. Ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt ist nichtig; es bedarf keines Rücktritts im Sinne von Art. 10 VVG. Eine formlose Erklärung genügt, jede der Parteien kann die Erfüllung der Leistungen verweigern¹⁰⁵.

Die Stellung der Parteien bestimmt sich im wesentlichen danach, ob der eine oder andere Teil der Vertragschliessenden vom Mangel der Gefahr Kenntnis hatte. Die Bedeutung dieser Kenntnis wird im VVG nur in den Bestimmungen Art. 10, Abs. 2 und 3 VVG umschrieben. Ob auch hier eine Schadenersatzpflicht des wissenden Kontrahenten besteht, darüber sagen Art. 9 VVG und Art. 20 OR nichts. Die herrschende Lehre anerkennt im gemeinen Recht eine Schadenersatzpflicht derjenigen Partei, die die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen musste¹⁰⁶. Eine Schadenersatzpflicht dürfte auch hier gerechtfertigt sein, insbesondere weil der wissende Vertragsteil gegen Treu und Glauben handelt, wenn er in Kenntnis des Mangels der Gefahr dem unwissenden Kontrahenten zum Vertragschlusse Hand bietet. Auch Roelli¹⁰⁷ äussert sich für eine Schadenersatzpflicht: «Im Sinne der hier analog anzuwendenden Vorschriften des Art. 10, Abs. 2 und 3 VVG, ist die Ersatzpflicht auf den Fall zu beschränken, dass die eine Partei die Sachlage kannte. Das Kennenmüssen genügt nicht.»

Welchen Einfluss eine solche Kenntnis ausübt, wird im folgenden kurz dargestellt.

¹⁰⁵ Vgl. Roelli, Kommentar, 140 ff.

¹⁰⁶ Vgl. Roelli, Kommentar, 142; Guhl, Lehrbuch, 46 ff.

¹⁰⁷ Roelli, Kommentar, 143.

1. Die Kenntnis des Versicherers

Der Versicherer braucht mangels einer Verwirklichung der Gefahr nicht zu leisten; es kann ja keine Haftung entstehen. Das Prämienschicksal bestimmt sich nach Art. 25, Abs. 2: «Wird jedoch der Vertrag zu einer Zeit aufgelöst, in der die Gefahr für den Versicherer noch nicht zu laufen begonnen hat, so kann der Versicherer nur die Vergütung der Geschäftskosten fordern.» Analog zu Art. 10 VVG, Abs. 2, verliert der Versicherer den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, das sein Verhalten den vertraglichen Grundsätzen widerspricht. Unter Umständen kann der Versicherer im Sinne von Art. 41, Abs. 2 für etwelchen Schaden haftbar gemacht werden¹⁰⁸.

Angenommen der Fall, die Gefahr sei durch Verwirklichung untergegangen, so wird der Versicherer in Kenntnis des Sachverhaltes regelmässig kein Leistungsversprechen eingehen wollen. Verpflichtet sich der Versicherer trotzdem, so soll er auf Grund seiner Willenserklärung für den ganzen Umfang des Schadens aufkommen. Es mag demgegenüber dahingestellt bleiben, ob wirklich ein Versicherungsvertrag vorliegt. Das entscheidende Moment ist hier der Wille und die Aeusserung dieses Willens. Hingegen hat der Versicherer keinen Anspruch auf die Prämie, ebensowenig auf Ersatz der Unkosten.

2. Die Kenntnis des Versicherungsnehmers

Wir setzen voraus, dass der Eintritt des Ereignisses im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schon erfolgt war und der Versicherungsnehmer hievon Kenntnis besass. Dieser Umstand befreit den Versicherer von jeder Haftung. Analog zu Art. 10, Abs. 3 VVG kommt dem Versicherer ein Ersatz für die Geschäftskosten zu. Schon erfüllte Leistungen bestimmen sich nach Art. 68 OR. Das Ueberlassen der Prämie an den Versicherer scheint hier ebenso gerechtfertigt, wie bei der Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht und bei der betrügerischen

¹⁰⁸ a. a. O., 142.

Anspruchsbegründung. Auch die bundesrätliche Botschaft¹⁰⁹ will dem Versicherer die volle vereinbarte Gegenleistung zuerkennen. Eine unterschiedliche Behandlung¹¹⁰ wäre nicht verständlich. Im übrigen richtet sich das Schicksal des Vertrages nach Art. 20 OR.

In allen andern Fällen des Gefahrmangels wird es schwerlich zutreffen, dass sich jemand gegen eine Gefahr versichern lässt, von der er weiss, dass sie nicht mehr besteht. Wir nehmen nun aber an, der Versicherungsnehmer schliesse trotz seiner Kenntnis um den objektiven Sachverhalt einen Vertrag ab, so soll er nach unserer Ansicht zum mindesten sein Versprechen zur Prämienleistung erfüllen. Jedenfalls schiene es uns nicht richtig, den Versicherungsnehmer nicht zur Zahlung verpflichten zu wollen, nachdem er doch dadurch, dass er trotz seiner Kenntnis der wahren Sachlage sich zur Prämienzahlung verpflichtete, den Willen zur Leistung nachdrücklich erklärt hat.

Wenn beide Kontrahenten den objektiven Sachverhalt kannten (Normalfall), so entsteht auf keiner Seite eine Erfüllungspflicht; infolgedessen kann auch keiner Partei ein Ersatzanspruch des positiven oder negativen Vertragsinteresses zugesprochen werden.

II. Der teilweise Mangel der Gefahr

Die Wirkungen des teilweisen Gefahrmangels treten nur dann ein, wenn es sich um einen Wegfall, bzw. um einen Mangel von wesentlichen Tatsachen handelt, also nur solchen Tatsachen, die hinsichtlich der Ereignismöglichkeit von Bedeutung sind¹¹¹. Trifft dies zu, dann kommt Art. 20, Abs. 2 OR zur Anwendung¹¹². Diese Bestimmung lautet: «Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, so-

¹⁰⁹ BBl 1904, I, 285.

¹¹⁰ Vgl. oben § 6, B, I, 3: Kenntnis des Versicherungsnehmers vom Wegfall der Gefahr.

¹¹¹ Unwesentliche finden in diesem Zusammenhang keine Beachtung. Die Parteien sollen sich nicht auf Grund belangloser Verschiebungen der Gefahrslage auf einen teilweisen Wegfall berufen können.

¹¹² Roelli, Kommentar, 141; Ostertag, Kommentar, Anm. 3 zu Art. 9 VVG.

bald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.»

Zur Frage der Wirkungen nimmt Roelli¹¹³ wie folgt Stellung: «Im Hinblick auf den Zweck des Versicherungsgeschäftes, dem vom Standpunkte beider Vertragsteile aus die teilweise Gültigkeit im allgemeinen eher entspricht als die Nichtigkeit des ganzen Vertrages, wird regelmässig angenommen werden dürfen, dass das noch vorhandene versicherbare Interesse gedeckt bleiben soll.» Daraus lässt sich ableiten, dass der Vertragsbestand nicht grundsätzlich in Frage steht, sondern vom mutmasslichen Willen der beiden Kontrahenten abhängt. Den entscheidenden Ausschlag gibt der Umstand, ob die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil voraussichtlich auch abgeschlossen hätten. Die Lösung kann wiederum nur im Einzelfall getroffen werden, weil es in praxi eben darauf ankommt, welche Bedeutung dem weggefallenen Gefahrenanteil hinsichtlich der Ereignismöglichkeit beizumessen ist.

Eine teilweise Gültigkeit wird bspw. in folgenden Fällen befürwortet werden können: bei einer Lebensversicherung, wenn der Versicherungsnehmer, der den Einschluss des Flugrisikos beantragt hatte, inzwischen als fluguntauglich erklärt worden ist. Ebenso bei einer Feuerversicherung, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses ein Teil der zu versichernden Gegenstände¹¹⁴ durch Feuer schon zerstört wurde. Das gleiche gilt bei einer Transportversicherung, wenn einzelne Güter schon heil an ihrem Bestimmungsorte angelangt sind. In allen diesen und ähnlichen Fällen richtet sich die Nichtigkeit primär auf den betroffenen Teil des Vertrages (Art. 20 OR, Abs. 2). Für den restlichen Teil soll der Versicherungsschutz gewährt werden, soweit ein Parteiinteresse hierfür besteht, was in den genannten Beispielen wohl zutreffen dürfte.

Wie verhält es sich, wenn der weggefallene, mangelnde oder verwirklichte Teil, mit Rücksicht auf den mutmasslichen Umfang der zu versichernden Gefahr, von erheblichem Ausmasse ist? Wenn bspw. das gegen Feuer zu schützende Mobiliar bei

¹¹³ Roelli, Kommentar, 142.

¹¹⁴ Soweit nicht die Sonderregel, Art. 10 VVG, Platz greift.

Vertragsabschluss bis auf wenige Stücke verbrannt war? Hier kommt es nun einzig auf den Willen der Parteien an, ob gegen die restliche Gefahr noch Versicherungsschutz gewährt werden soll. In der Regel wird diese Lösung den Verhältnissen am besten angepasst sein. Entscheiden sich die Parteien dafür, keinen Vertrag einzugehen, so bewirkt ein solcher Willensentschluss nicht die Nichtigkeit des Vertrages¹¹⁵, sondern bekundet nur die auf Grund der veränderten Umstände gewonnene Ansicht, dass für den restlichen Gefahreanteil ein Versicherungsschutz sich erübrige. Diese Ueberlegung dürfte den theoretischen und praktischen Erfordernissen durchaus gerecht werden. In praxi wird denn auch regelmässig auf dieser Grundlage entschieden.

Hinsichtlich der Haftung des Versicherers steht es fest, dass eine solche nur für den nichtbetroffenen Vertragsteil in Frage kommt. Für weggefallene oder mangelnde Gefahrstatsachen kann niemals eine Haftung begründet werden.

Das Schicksal der Prämie hängt davon ab, ob der Vertrag aufgehoben oder weiterhin aufrecht erhalten wird. Im ersteren Fall treten (analog zum Mangel der ganzen Gefahr) die bekannten Wirkungen ein: Der Versicherer verliert seinen Anspruch auf die Prämie. Der Anspruch auf die Geschäftsunkosten steht dem Versicherer nur dann zu, wenn die Fortführung des Vertragsverhältnisses (hinsichtlich der noch vorhandenen Gefahr) an der Ablehnung des Versicherungsnehmers scheiterte.

Halten dagegen die Parteien das Vertragsverhältnis aufrecht, so muss hinsichtlich Leistung und Gegenleistung ein Ausgleich stattfinden. Wurde nämlich die Prämie mit Rücksicht auf die gesamte Gefahr festgelegt, so soll der Versicherer, wenn der Versicherungsnehmer die Prämie schon bezahlt hat, eine verhältnismässige Rückerstattung derselben leisten, bzw. für zukünftige Versicherungsperioden anrechnen. Diese Regel mag dort umgangen werden, wo sich mittlerweile auch die restliche Gefahr in Schaden ausgelöst, doch der Versicherer hiefür eine entsprechende Gegenleistung erbracht hat.

¹¹⁵ Art. 42 kann hier nicht angerufen werden, weil die Voraussetzungen ungleich sind. Hier handelt es sich um einen Gefahrmangel, dort um einen teilweisen Eintritt der Gefahr während der Vertragsdauer.

Eine Schadenersatzpflicht der wissenden Partei muss wohl auch beim teilweisen Gefahrmangel angenommen werden. Eine unterschiedliche Behandlung könnte gar nicht begründet werden, weil es sich in allen diesen Fällen um ein widerrechtliches und unbilliges Gebaren der einen oder andern Partei handelt. Bei einem nur teilweisen Wegfall der Gefahr mag die Versuchung, den Kontrahnten zu täuschen, noch stärker sein, da mit grösserer Sicherheit auf einen «Erfolg» auf Kosten des nichtwissenden Teils gerechnet werden kann. Die Folgen eines solchen unrechtmässigen Verhaltens sind analog die gleichen wie beim Mangel der ganzen Gefahr.

§ 9. WEGFALL DER GEFAHR VOR BEGINN DER WIRKUNGEN DES VERTRAGES

Ein Versicherungsvertrag kann in der Weise geschlossen werden, dass die Wirkungen des Vertrages nicht mit dem Zeitpunkt des Abschlusses, sondern mit dem Eintritt einer Bedingung¹¹⁶ oder auf einen bestimmten Termin in Kraft treten sollen. In solchen Fällen liegt die Ereignismöglichkeit im Zeitpunkt des Abschlusses noch nicht vor. Die Gefahr existiert nicht; ihre Entstehung darf jedoch mit mehr oder weniger Sicherheit angenommen werden¹¹⁷.

Wie verhält es sich nun, wenn der Eintritt des Ereignisses noch vor Beginn der vertraglichen Wirkungen ausgeschlossen wird? Wie wäre es zu beurteilen, wenn nur ein Teil der Gefahr wegfallen würde oder wenn die Entstehung der Gefahr in einem späteren Zeitpunkt als angenommen einträte?

Hier hat man es durchwegs mit Fällen zu tun, auf die grundsätzlich die Regeln Anwendung finden, welche für den ganzen, bzw. teilweisen Mangel der Gefahr festgelegt wurden. Hier wie dort tritt der Ausschluss des Risikos vor dem Zeitpunkt der Geltung des Vertrages ein. Der Unterschied liegt nur darin, dass die vertragliche Vereinbarung mit Rücksicht auf die mut-

¹¹⁶ Uebernahme eines landwirtschaftlichen Betriebes.

¹¹⁷ Es muss auf den Einzelfall abgestellt werden, inwieweit ein positiver Ausfall der Bedingung angenommen werden kann.

massliche Entstehung der Gefahr getroffen wurde. Der Zweck dieser «voreiligen» Versicherung beruht immer auf wirtschaftlichen Interessen¹¹⁸.

Um von einer Wiederholung schon früher dargelegter Grundsätze abzusehen, beschränken wir uns bei der Behandlung der Wirkungen auf die wesentlichen Punkte.

Unter den gegebenen Voraussetzungen handelt es sich hier um eine Versicherung, der erst mit Entstehung der Assekuranzgefahr rechtliche Geltung zukommen soll, m. a. W. der Vertrag äussert rechtliche Wirkungen erst dann, wenn die Ereignismöglichkeit entstanden ist. Ein ganzer oder teilweiser Wegfall bedeutet, dass eine Möglichkeit des Versicherungsfalles ganz oder teilweise ausgeschlossen ist. Hinsichtlich der Parteien wirkt sich diese Erscheinung regelmässig so aus, dass für den Versicherer nie oder doch nur teilweise eine Haftung entstehen wird, dass für den Versicherungsnehmer kein Interesse oder gegebenenfalls nur ein teilweises für eine Versicherungsnahme bestehen kann. Das Schicksal des Vertrages wird nach Art. 20 OR beurteilt. Weil die Wirkungen des Vertrages nicht, bzw. nur teilweise eintreten können, muss die getroffene Vereinbarung ganz oder teilweise dahinfallen. Der Vertrag wird nicht aufgelöst, sondern geht einfach unter. Analog zu den früher erkannten Grundsätzen obliegt auch hier der wissenden Partei die Pflicht, den nichtwissenden Teil über eine solche Aenderung der Gefahrenlage unverzüglich in Kenntnis zu setzen.

Wie verhält es sich nun, wenn der Versicherungsnehmer der Meldepflicht nicht nachkommt und der vereinbarte Zeitpunkt, in dem der Vertrag die Wirkungen zeitigen soll, unterdessen eingetreten war? Wird der Versicherungsnehmer zur Leistung der Prämie verpflichtet? Mit dem Wegfall der Gefahr verliert der Versicherungsvertrag die Geltung; die Prämienleistungspflicht fällt dahin. Das bedeutet aber nicht, dass sämtliche Verbindlichkeiten gelöst werden. Die Unmöglichkeit des Vertragsbestandes begründet zwischen den Parteien ein neues Schuldverhältnis, das auf einen inneren Ausgleich gerichtet ist. Für die Feststellung der Leistungen, die sich die Kontrahenten schulden, ist

¹¹⁸ Vgl. Roelli, Kommentar, 140.

der Zeitpunkt des Wegfalls der Gefahr massgebend. Dies folgt aus der Natur des ganzen Sachverhaltes.

Nach Massgabe des Art. 25, Abs. 2 steht dem Versicherer nur ein Anspruch auf Vergütung der Geschäftskosten zu. Denn der Vertrag wird zu einer Zeit aufgelöst, in der die Gefahr für den Versicherer noch nicht zu laufen begonnen hat. Das Bundesgericht verfügte im Entscheid 25 II 124, dass der Versicherer dem Versicherungsnehmer sämtliche Prämien samt Zins zurückzuerstatten habe. Diese Praxis führt zu weit¹¹⁹. Im aleatorischen Charakter des Versicherungsvertrages liegt es begründet, dass die Prämien mit Rücksicht auf eine eventuell entstehende Gefahr geleistet werden. Mit Abschluss des Vertrages erklärte der Versicherer sich bereit, für etwaigen Schaden im Rahmen des übernommenen Risikos eintreten zu wollen. Von allem Anfang an sucht sich der Versicherer mittels der Prämien und Zinserträge gegen eine mögliche Leistungspflicht einzudecken. Aus dieser Sachlage heraus dürfte es wohl nicht gerechtfertigt sein, wollte man die erzielten Zinserträge nicht dem Versicherer überlassen.

Die Ordnung in VVG Art. 25, Abs. 2 gilt unabhängig davon, ob der Wegfall der Gefahr und damit die Hinfälligkeit des Vertrages von einer Partei verschuldet worden ist. Art. 27 sagt: «Durch die Bestimmung des Art. 25 dieses Gesetzes wird die Schadenersatzpflicht derjenigen Partei, welche die einseitige Auflösung des Vertrages verschuldet hat, nicht berührt.» Die Voraussetzung für den Anspruch auf Schadenersatz¹²⁰ bildet immer die Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung durch eine Vertragspartei. Dass die Herbeiführung des Wegfalls der Gefahr keine derartige Verletzung darstellt, wurde früher¹²¹ auseinandergelegt. Die einzige Möglichkeit, aus der ein Schadenersatzanspruch abgeleitet werden kann, besteht im böswilligen Verschweigen des objektiven Sachverhaltes zum Schaden der andern Partei.

Instruktiv erscheint in diesem Zusammenhang das Urteil¹²²

¹¹⁹ Vgl. Roelli, Kommentar, 319.

¹²⁰ Der Schadenersatz soll nach der ratio legis des Art. 27 VVG nach gemeinrechtlichen Grundsätzen bestimmt werden.

¹²¹ Oben, § 3, A, I, 2: Der rechtliche Wegfall der Gefahr.

der cour de cassation civile des Kantons Neuenburg, vom 9. September 1927. Dieses Urteil setzt sich über den zwingenden Charakter der Bestimmungen in Art. 25 VVG hinweg. Richtig ist die Feststellung, dass eine Versicherung ohne Gefahr dahinfällt: «L'inexistence ou la disparition du risque a pour effet l'inexistence ou la suspension du contrat d'assurance.» Unrichtig hingegen sind die folgenden Ausführungen: «Les événements, qui peuvent survenir entre le moment de la conclusion du contrat et celui de son entrée en vigueur sont sans influence sur l'obligation de l'assuré de payer la prime, obligation qui subsiste intégralement.» Der Versicherer kann nur Ersatz der Unkosten beanspruchen, eventuell Schadenersatz. Jede anderslautende Parteiverabredung ist nichtig.

Zusammenfassend sei wiederholt: der Wegfall der Gefahr oder der Eintritt des Ereignisses¹²³ nach Abschluss des Vertrages, aber vor Wirkungsbeginn, bewirkt die Hinfälligkeit des Vertrages. Analog finden die nämlichen Grundsätze Anwendung, die früher für den ursprünglichen Mangel der Gefahr dargelegt wurden. Im einzelnen richten sich die Wirkungen darnach, ob die Gefahr ganz oder nur teilweise weggefallen ist oder ob es sich eventuell nur um einen zeitlichen Aufschub der Entstehung der Ereignismöglichkeit handelt.

I. Wegfall der ganzen Gefahr vor Wirkungsbeginn des Vertrages

Der Tatbestand wird erfüllt, wenn die Entstehung der vertraglich fixierten Gefahr noch vor Wirkungsbeginn des Vertrages aus irgendwelchen Gründen ausgeschlossen wird. Für den Versicherer kann keine Haftung entstehen; er kann das gegebene Versprechen, für etwelche Schadensereignisse einzustehen, nicht erfüllen, weil eine Verwirklichung der Gefahr mangels deren Existenz nicht eintreffen kann.

Der Vertrag wurde zwar gültig geschlossen¹²⁴. Weil aber nachträglich eine der Voraussetzungen für die Wirksamkeit

¹²² SVA, VI, 42.

¹²³ Der Versicherer haftet, wenn er für die Zwischenzeit schon den Versicherungsschutz zugesichert hat; z. B. Lebensversicherung.

¹²⁴ Vgl. Roelli, Kommentar, 140.

des Vertrages, nämlich die Existenz der Gefahr, dahingefallen ist, wird der Inhalt des Vertrages unmöglich. Der Vertrag wird unfähig, rechtliche Wirkungen auszuüben, er wird nichtig. In welchem Umfange sich die Parteien Vermögensleistungen schulden, wird nach gemeinem Recht entschieden (VVG Art. 100).

Im übrigen gelten analog die Grundsätze, die für den Mangel der Gefahr und den Wegfall im Zeitpunkt des Abschlusses aufgeführt wurden. Demnach wäre das Schicksal des Vertrages nach Art. 20 OR zu beurteilen. Eines eigentlichen Rücktritts im Sinne von Art. 10 VVG bedarf es nicht. Eine formlose Erklärung, dass man sich an den Vertrag nicht halten wolle, dass man die Leistung der Prämie der eingetretenen Umstände wegen verweigere, muss genügen.

II. Teilweiser Wegfall der Gefahr vor Wirkungsbeginn des Vertrages

Hier handelt es sich um einen Wegfall von wesentlichen Gefahrmomenten, die beim Abschluss des Vertrages in die Wertung des Risikos einkalkuliert wurden. Es steht fest, dass ein Teil der Gefahr sich unmöglich verwirklichen kann. Wir haben früher schon betont, dass es sich immer um wesentliche Tatsachen handeln muss. Belanglose Veränderungen der Gefahrenlage können nicht rechtserheblich sein.

Der Vertragsbestand steht grundsätzlich nicht in Frage¹²⁵. Den Ausschlag gibt im Einzelfall die Frage, ob die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen, weggefallenen Teil voraussichtlich auch abgeschlossen hätten. In praxi wird es demnach immer auf den mutmasslichen Willen der beiden Kontrahenten ankommen.

Eine Haftung des Versicherers kann jedenfalls nur für den nicht betroffenen Teil begründet werden (Art. 20, Abs. 2 OR). Treten die Parteien zurück, so steht dem Versicherer ein Anspruch auf Ersatz der Geschäftsunkosten zu. Eine Schadenersatzpflicht der bösgläubigen Partei muss auch hier angenommen werden.

¹²⁵ Roelli, Kommentar, 142.

III. Zeitlicher Aufschub der Entstehung der Gefahr

Wie verhält es sich, wenn die Gefahr nicht im mutmasslich angenommenen Zeitpunkt entsteht, sondern geraume Zeit später eintrifft? Wenn beispielsweise X eine Hagelversicherung abschliesst für den Fall, dass er an diesem oder jenem Zeitpunkt ein landwirtschaftliches Gut übernimmt und dies erst später als vorgesehen der Fall ist? Weil das Schicksal solcher Versicherungen vom Ausfalle der Bedingung abhängt, bringt eine zeitlich spätere Entstehung der Gefahr keine Schwierigkeiten mit sich. Die Versicherung tritt in jenem Zeitpunkt in Kraft, in dem die Bedingung zutrifft, bzw. sie fällt dahin in jenem Moment, in dem das Entstehen einer Gefahr ausgeschlossen werden muss.

§. 10. WEGFALL DER GEFAHR WÄHREND DER VERTRAGSDAUER

Der Wegfall der Gefahr während der Vertragsdauer kommt in der Praxis von den bisher behandelten Arten am häufigsten vor. Der Tatbestand wird überall dort erfüllt, wo die versicherte Gefahr nach Wirkungsbeginn des Vertrages, also während der Geltung der Versicherung, ganz, teilweise oder nur für eine gewisse Zeit (temporär) wegfällt. Die begrifflichen Merkmale wurden im ersten Teil der Arbeit erörtert. Wir werden uns daher im folgenden nur mit den Wirkungen zu befassen haben.

Ueber die Wirkungen des Wegfalls der Gefahr während der Versicherungsdauer enthält das VVG keine Bestimmungen. Nach Massgabe des Art. 100 VVG: «Soweit dieses Gesetz keine Vorschriften enthält, finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des Obligationenrechtes Anwendung» müsste der Wegfall der Gefahr als ein Untergangsgrund des Vertrages im Sinne von Art. 119 OR angesehen werden. Diese Lösung befriedigt aber nicht, weil der gemeinrechtliche Grundsatz, den Art. 119 OR für eine nachträgliche, unverschuldete Unmöglichkeit der Leistungen aufstellt, von Voraussetzungen ausgeht,

welche mit denjenigen des Wegfalles der Gefahr während der Versicherungsdauer unvereinbar sind.

Wir werden bei der Prüfung der Wirkungen die früher dargestellten Grundsätze herbeiziehen und auf diesem Wege versuchen, die zutreffenden Regeln festzustellen.

I. Wegfall der ganzen Gefahr während der Vertragsdauer

Die Gefahr bildet in jedem Versicherungsvertrag ein Gültigkeitserfordernis. Die Möglichkeit eines ungewissen, befürchteten Ereignisses, an dessen Eintritt die Leistungspflicht des Versicherers gebunden ist¹²⁶, muss gegeben sein. Mit dem Wegfall der Gefahr fällt auch die Haftung des Versicherers dahin. Als Zeitpunkt dieser Haftungsbefreiung gilt materiell jener Moment, in dem die Gefahr untergeht. Der Wegfall bewirkt die rein tatsächliche Haftungsbefreiung, theoretisch dauert die Leistungsbereitschaft des Versicherers solange fort, bis der Versicherungsnehmer eine Erklärung an den Versicherer abgibt¹²⁷. Damit ist ausgedrückt, dass mit dem Ausschluss des Risikos die Haftung des Versicherers materiell untergeht, die Leistungsbereitschaft aber bis zum Eintreffen einer sachdienlichen Erklärung fortbesteht. Für den Versicherungsnehmer bedeutet ein Wegfall der Gefahr so viel wie «nicht mehr bedroht sein». Eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses erscheint ihm der veränderten Umstände wegen als zwecklos, weil das Ereignis, gegen dessen befürchteten Eintritt er den Versicherungsschutz suchte, nunmehr ausgeschlossen ist.

Wie verhält es sich aber mit den Rechten und Pflichten der beiden Parteien? Soll der Vertrag eo ipso erlöschen? Soll dem Versicherungsnehmer ein Gestaltungsrecht, d. h. ein Kündigungsrecht oder ein Rücktrittsrecht zugesprochen werden? Die Ansichten gehen in diesem Punkte auseinander. Der Klarheit halber werden die Wirkungen für den Versicherer und den Versicherungsnehmer gesondert behandelt.

¹²⁶ Unter Berücksichtigung der Lebensversicherung sagen wir genauer: «an dessen Eintritt der wirtschaftliche Enderfolg der beidseitigen Leistungen gebunden ist». Vgl. Ehrenzweig, I, 136.

¹²⁷ Die den Willen zur Aufhebung des Vertrages bekunden soll.

1. Die Stellung des Versicherers

Der Versicherer wird von der Haftung befreit. Tritt hingegen das befürchtete Ereignis ein, so wird der Versicherer grundsätzlich leistungspflichtig. Es steht ihm jedoch ein Anspruch auf die ganze Prämie für die noch laufende Versicherungsperiode zu¹²⁸, VVG Art. 25, Abs. 1¹²⁹. Art. 25 VVG statuiert den Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie. Warum kann man die Leistungspflicht des Versicherungsnehmers nicht im Zeitpunkt des Wegfalls der Gefahr untergehen lassen? Dagegen sprechen folgende Erwägungen¹³⁰:

Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie resultiert aus technischen Erwägungen. Wie die Erfahrung nämlich zeigt, wäre es oft schwer, im einzelnen Fall genau zu bestimmen, welche Prämienquote nun dem Versicherer zukommen soll, welchen Teil der Versicherer an den Versicherungsnehmer zurückleisten müsste. Heute wird deshalb allgemein anerkannt, dass die Prämie unteilbar sei¹³¹. Grieshaber baut die Begründung weiter aus: «... und dazu hat sich der Versicherer stets auf die ganze Periode eingerichtet. Dadurch wird also verständlich, dass ihm ... die Prämie auch für den Teil der laufenden Periode gewährt wird, für den er sich zur Leistungsbereitschaft eingerichtet hat.» Diese — wenn auch nicht stichhaltige¹³² — Motivierung wird in der bundesrätlichen Botschaft ebenfalls angeführt. Zuzugeben ist, dass diese Ordnung die Rechtssicherheit gewährleistet und zugleich klare Rechtsverhältnisse schafft.

Der Anspruch auf die ganze Prämie besteht selbst dann zu Recht, wenn der Versicherer die Gefahr nur für einen Teil dieser Versicherungsperiode getragen hatte, ja selbst dann, wenn die vom Versicherer getragene Gefahr kleiner ist als die, welche

¹²⁸ Daneben natürlich auch die für frühere Perioden gestundete; eventuell Anspruch auf Schadenersatz.

¹²⁹ BB1 1904, I, 297; vgl. auch Roelli, Kommentar, 319.

¹³⁰ Vgl. Roelli, Kommentar, 322 ff.

¹³¹ Ausführlicher in der Botschaft, Bundesblatt 1904, I, 297.

¹³² Der Versicherer hat sich stets bereitzuhalten, was ebenso wenig zu entschädigen ist wie die unmöglich gewordene Leistung selbst. Der Versicherungsnehmer genießt nach Gefahrswegfall den Vorteil dieser wirtschaftlichen Bereitschaft des Versicherers nicht mehr.

ihm durch die Vertragsauflösung erspart worden ist¹³³. Wurden aber für mehrere Versicherungsperioden Prämien vorausbezahlt¹³⁴, so hat der Versicherer die auf die der Vertragsauflösung folgenden Versicherungsperioden entfallenden Prämien zurückzuleisten¹³⁵.

Weiss nur der Versicherer um den Wegfall oder den Eintritt der Gefahr, so ist er nach Treu und Glauben gehalten, den Versicherungsnehmer davon in Kenntnis zu setzen. Kommt der Versicherer dieser Pflicht nicht nach, so steht dem Versicherungsnehmer (analog Art. 10, Abs. 2 VVG) ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag zu. Der Versicherer verliert den Anspruch auf Entschädigung und die Prämie für den restlichen Teil der Versicherungsperiode. Der Versicherungsnehmer, der regelmässig die schwächere Partei ist, muss geschützt werden. Die Ueberlegung Gantenbeins¹³⁶: «... welcher Versicherer wollte wegen einer einzelnen Prämie seinen guten Namen aufs Spiel setzen» kann in dieser Frage nicht ausschlaggebend sein. Das Vertrauen, das der Versicherungsnehmer dem Versicherer entgegenbringt, soll gleichermassen geschützt sein wie dasjenige, welches der Versicherer in die Angaben des Versicherungsnehmers setzt.

2. Die Stellung des Versicherungsnehmers

In praxi ist es regelmässig der Versicherungsnehmer, der sich auf einen Wegfall der Gefahr, bzw. den Eintritt des Ereignisses beruft. Materiell fällt der Vertrag sofort dahin¹³⁷, formell geht das Rechtsverhältnis erst dann unter, nachdem der Versicherer vom Wegfall der Gefahr Kenntnis genommen hat. Zur Frage der Wirkungen sagt Roelli¹³⁸: «Dem Versicherungsnehmer muss das Rücktrittsrecht überall da zugestanden werden, wo die Fort-

¹³³ Praxis, Handelsgericht des Kt. St. Gallen: SVA V 133.

¹³⁴ Art. 19, Abs. 1 und Art. 24 VVG.

¹³⁵ Nach Art. 25, Abs. 3 hat der Versicherer nur $\frac{1}{4}$ der zum voraus bezahlten Prämien zurückzuleisten. Diese Lösung ist nach unserer Auffassung nicht gerecht.

¹³⁶ Gantenbein, Diss. 49.

¹³⁷ Vgl. von Thur, 565.

¹³⁸ Roelli, Kommentar, 320.

setzung des Vertragsverhältnisses der veränderten Umstände wegen zwecklos ist oder wo der Versicherungszweck aus irgendwelchen Gründen nicht mehr erreicht werden kann. Diese Voraussetzung ist namentlich dann gegeben, wenn das versicherbare Interesse nicht mehr besteht oder die Gefahr weggefallen ist.»

Diese Ausführungen Roellis führen auf eine Frage, mit der wir uns im folgenden noch befassen müssen, nämlich: soll dem Versicherungsnehmer ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht zustehen oder soll der Vertrag im Zeitpunkt des Wegfalles der Gefahr eo ipso erlöschen?

a) Die Kündigung

Die Kündigung ist jenes einseitige Rechtsgeschäft, durch dessen Ausübung ein Dauervertrag¹³⁹ mit sofortiger Wirkung für die Zukunft aufgehoben wird. Sie kann sofort, oder erst nach einer bestimmten Frist rechtlich wirksam werden; unter Kündigung verstehen wir also nicht nur die befristete Kündigung¹⁴⁰.

Die Kündigung ändert am bisherigen Ablauf der Versicherung nichts. Die Wirkung richtet sich ausschliesslich auf die Zukunft. Die Ausübung der Kündigung ist in jenen Fällen angebracht, wo die Voraussetzungen, unter denen der Vertrag geschlossen worden ist, durch Eintritt gewisser Ereignisse dahinfallen¹⁴¹. Auch die Gefahr stellt sicherlich eine solche Voraussetzung dar. Soll dem Versicherungsnehmer deshalb ein Kündigungsrecht gewährt werden? Ist der Wegfall der Gefahr schon vorher eingetroffen, so kann die Kündigung nicht angewandt werden; denn sie wirkt erst, wenn sie der andern Partei zugegangen ist. Als zugegangen gilt die Erklärung dann, wenn der Adressat die Möglichkeit hatte, davon Kenntnis zu nehmen. Nun stellen wir fest, dass ein an sich gegenstandsloser Vertrag bis zum Zugang der Kündigungserklärung die Gebundenheit der Parteien aufrecht zu erhalten vermöchte¹⁴², ohne dass diese tote

¹³⁹ Herschsohn, Diss. 24.

¹⁴⁰ Honegger, Diss. 27; Herschsohn, Diss. 26.

¹⁴¹ Hug, Diss. 52.

¹⁴² Mag diese Gebundenheit nur eine kurze Frist andauern, so ändert das an dieser Feststellung nichts.

Bindung von der Wirkung der Gestaltungserklärung nachträglich erfasst werden könnte. Daher muss die Kündigung als Gestaltungsrecht des Versicherungsnehmers abgelehnt werden (wenn sich der Wegfall der Gefahr schon erfüllt hat).

Liegt aber der Sachverhalt so, dass in nächster Zukunft ein Wegfall der Gefahr zu erwarten ist, so kann gegen die Anwendung des Kündigungsrechtes nichts eingewendet werden. In diesem Falle tritt die Kündigung mit Eintritt des Lösungsgrundes in Kraft. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf den Entscheid des juge de paix von Montreux vom 8. Juni 1930¹⁴³.

b) Der Rücktritt

Gemeinrechtlich versteht man unter Rücktritt ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch dessen Ausübung ein Vertrag sofort aufgehoben wird und zwar für die Zukunft wie für die Vergangenheit. Guhl¹⁴⁴ definiert: «Der Rücktritt vom Verträge ist ein Untergangsgrund, der einseitig von einer Vertragspartei durch blosser Erklärung an die Gegenpartei ausgeübt werden kann und der das Schuldverhältnis mit den daraus entstandenen Forderungen und Schulden unter Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufhebt.» Der Vertrag wird so aufgelöst, als ob er nie bestanden hätte¹⁴⁵. Der Rücktritt lässt den vor dem Vertragsabschluss bestanden Rechtszustand wieder aufleben¹⁴⁶.

Auf den Versicherungsvertrag angewendet hätte der Versicherer die erhaltenen Prämien und der Versicherungsnehmer die eventuell schon bezogenen Entschädigungssummen zurückzuleisten. Eine Anwendung des Rücktrittsrechts in diesem Sinne würde dem Versicherungsprinzip widersprechen. Es ist müssig, weiter darauf einzutreten.

Dem Begriff «Rücktritt» kommt im Versicherungsrecht eine andere Bedeutung zu. Der Unterschied beruht auf der Ungleichheit der Wirkungen. Der versicherungsrechtliche Rücktritt (z. B. Art. 42 VVG) reicht in seiner Wirkung nur bis zu dem

¹⁴³ SVA, VI, 43.

¹⁴⁴ Guhl, Lehrbuch, 207.

¹⁴⁵ Herschsohn, Diss. 15.

Zeitpunkt zurück, in dem der Rücktrittsgrund entstanden ist; in unserm Falle also bis zu jenem Zeitpunkt, in dem die Gefahr weggefallen war. Nehmen wir ein Gestaltungsrecht in diesem Sinne an, so bleiben die Parteien bis zu dessen Ausübung an den Vertrag gebunden. Von einem Gestaltungsrecht braucht der Versicherungsnehmer grundsätzlich keinen Gebrauch zu machen. Daher könnte der Fall eintreten, dass ein gegenstandsloser Vertrag kraft Parteiwillen weiterbesteht. Dem Einwand, die Praxis kenne keinen Fall, in dem ein Versicherungsnehmer für eine zwecklos gewordene Versicherung die Prämienzahlungspflicht weiterhin erfüllt hätte, ist keine Bedeutung zuzumessen, weil diese Feststellung nicht massgebend ist.

Wie stellt sich Roelli zu dieser Frage? Er vertritt die Ansicht¹⁴⁷, dass in allen diesen Fällen im Sinne der *clausula rebus sic stantibus* ein Rücktrittsrecht zur Anwendung komme. Dem Versicherungsnehmer müsse das Rücktrittsrecht überall da zugestanden werden, wo die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses der veränderten Umstände wegen zwecklos ist oder wo der Versicherungszweck nicht mehr erreicht werden kann. Diese Voraussetzung sei namentlich dann gegeben, wenn das versicherbare Interesse oder die Gefahr nicht mehr besteht. Denn die Möglichkeit, dass die Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, sich in Schaden auslösen kann, sei wesentliche Voraussetzung des Fortbestandes jeder Versicherung.

Doktrin¹⁴⁸ und Praxis¹⁴⁹ haben diese Auffassung übernommen. Gantenbein¹⁵⁰ führt verschiedene praktische Gründe an, die für die Annahme einer Gestaltungserklärung sprechen sollen. So hebt er hervor, dass durch ein Gestaltungsrecht viel klarere Rechtsverhältnisse geschaffen werden. Mit einem automatischen Erlöschen des Vertrages würden sich schwierige Beweisführungen über den genauen Zeitpunkt des Gefahrwegfalls ergeben. Sodann kenne das VVG keinen Fall der selbsttätigen Vertragsbeendigung ausser bei Vollschaten und der zwangs-

¹⁴⁶ Hug, Diss. 53.

¹⁴⁷ Roelli, Kommentar, 320.

¹⁴⁸ Jaeger, II, 49 ff.; Spillmann, 109; Gantenbein, Diss. 52 ff.

¹⁴⁹ SVA, V, 55; VI, 42; VII, 32 und 89; VIII, 264.

¹⁵⁰ Gantenbein, Diss. 53.

weisen Uebernahme des Risikos durch den Staat ¹⁵¹. Auch aus VVG Art. 9 und 10 scheine sich eine gewisse Parallele für die Annahme eines Gestaltungsrechts zu ergeben, denn dort trete die Vertragsaufhebung auch nicht eo ipso ein, sondern erst kraft einer Gestaltungserklärung.

Schmitz ¹⁵² wendet sich gegen diese Auffassung und legt dar, dass sich die Annahme eines Rücktrittes in erster Linie auf Art. 25 VVG stütze. Es sei aber nicht einzusehen, wieso in dieser nicht abschliessenden Aufzählung ein schlüssiges Indiz dafür gesehen werden könne, dass auch beim Wegfall der Gefahr nur Rücktritt in Frage komme. Die Ueberlegung, ein Rücktrittsrecht lasse sich aus dem erwähnten Artikel ableiten, bedeute eine Umkehrung von Ursache und Wirkung. Die durch Roelli hervorgerufene Verwirrung gehe soweit, «dass ein kantonales Obergericht ¹⁵³ sagen kann: nun gebe Art. 25 VVG ein einseitiges Auflösungsrecht dort, wo die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses der veränderten Umstände wegen zwecklos sei oder wo der Versicherungszweck aus irgend einem Grunde nicht mehr erreicht werden könne.»

Die Ausführungen Roellis lassen aber berechtigten Zweifel aufkommen, ob Schmitz mit Recht sagen kann, Roelli stütze seine Auffassung in erster Linie auf Art. 25 VVG. Das einzige, was sich aus Art. 25 entnehmen lässt, ist die Gestaltung des Prämienschicksals. In diesem Sinne schreibt auch Rollei ¹⁵⁴: «Art. 25 bestimmt das Prämienschicksal bei einseitiger Vertragsauflösung», und weiter unten: «Art. 25 fasst lediglich das Prämienschicksal ins Auge und ordnet es erschöpfend.» Hinsichtlich der aufgezählten Fälle äussert sich Roelli in den Motiven wie folgt ¹⁵⁵: «Der Entwurf verzichtet darauf, die Fälle der vorzeitigen Vertragsauflösung einzeln aufzuführen. Eine derart eingehende Regelung scheint mir weder notwendig noch möglich. . . . Der Entwurf regelt in Art. 29 (VVG Art. 25) nur die assekuranzrechtliche Besonderheit des Prämienschicksals.»

¹⁵¹ So auch Jaeger, II, 50.

¹⁵² Schmitz, Diss. 78 ff.

¹⁵³ Das Obergericht des Kt. Solothurn, SVA, VIII, 264.

¹⁵⁴ Roelli, Kommentar, 318.

¹⁵⁵ Motive, II, 26.

Noch deutlicher äussert sich Roelli ¹⁵⁶ im Kommentar: «Die einleitende Norm des Art. 25 greift exemplifikativ aktuelle Anwendungsfälle heraus.» Irreführend können allerdings die folgenden Darlegungen Roellis sein ¹⁵⁷: «Trotzdem das allgemeine Recht (VVG 100) den auf veränderte Umstände gegründeten Rücktritt vom Vertrage ... nur vereinzelt vorsieht ... muss anerkannt werden, dass ausser den vom VVG besonders bezeichneten Fällen nach der Natur des Versicherungsvertrages weiter ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände gegeben sein kann.» Roelli bestätigt hiermit die Ansicht, dass die in VVG Art. 25 enthaltene Aufzählung nicht abschliessend sei, sondern ausser diesen Fällen noch andere gegeben sein können. Roelli zählt denn auch einige weitere Fälle auf und sagt unter anderem ¹⁵⁸: «Dem Versicherungsnehmer muss das Rücktrittsrecht überall da zugestanden werden, wo die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses der veränderten Umstände wegen zwecklos ist oder wo der Sicherungszweck aus einem Grunde nicht mehr erreicht werden kann.» Daraus kann nicht ohne weiteres abgeleitet werden, dass bei Wegfall der Gefahr, gestützt auf Art. 25 VVG, nur ein Rücktrittsrecht in Aussicht stehe. Die Ansicht Roellis dürfte eher dahin tendieren, der Wegfall der Gefahr gestalte den Vertrag zwecklos, weil die Unmöglichkeit des Versicherungsfalles den Fortbestand jeder Versicherung verunmögliche. Das Schicksal des Vertrages sei mit dem Risikoabschluss entschieden. Falle also die Gefahr dahin, so müsse dem Versicherungsnehmer wohl ein Rücktrittsrecht zugestanden werden. Dass Roelli hier ein Rücktrittsrecht annimmt und diesen Fall der nicht abschliessenden Aufzählung in VVG Art. 25 beifügt, bildet kein Indiz dafür, dass beim Wegfall der Gefahr während der Vertragsdauer nur ein Rücktrittsrecht in Frage kommt.

c) Die formlose Erklärung

Ohne Gefahr keine Versicherung! In den früheren Ausführungen wurde stets auf die Bedeutung der Gefahr hingewiesen

¹⁵⁶ Roelli, Kommentar, 319.

¹⁵⁷ a. a. O., 319.

¹⁵⁸ a. a. O., 320.

und nachdrücklich betont, dass ein Versicherungsvertrag dahinfallen muss, wenn der Gefahrzustand wegfällt. Der Versicherungsvertrag wird gegenstandslos, eine Rechtsfolge, die sich unmittelbar aus dem Wegfall der Gefahr ergibt. Dieser rechtlichen Situation gemäss kann eine Gestaltungserklärung nach unserer Ansicht nicht Platz greifen. Der Versicherungsnehmer gibt eine formlose Erklärung ab, die nur einen kraft Gesetz schon eingetretenen Zustand feststellt.

Unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des täglichen Rechtsverkehrs wäre die Anwendung eines Gestaltungsrechts eher zu befürworten. Man muss sich aber darüber Rechenschaft geben, dass ein solches Vorgehen nur auf einer fingierten Basis möglich wäre. Der Vertrag, von dem der Versicherungsnehmer zurücktreten will, wurde ja bereits seit dem Wegfall der Gefahr nichtig.

Man könnte einwenden, dass die Bestimmungen VVG Art. 23 und Art. 50 eine analoge Ordnung statuieren, beruhend auf einer begründeten Klarstellung des Sachverhaltes. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass dort der Vertragsbestand nicht in Frage steht. Die Voraussetzungen sind völlig verschieden. Die unserem Falle entsprechende Parallele liefert Art. 38 VVG, wo die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Eintritt des befürchteten Ereignisses festgelegt ist. Bei Eintritt des befürchteten Ereignisses treten bekanntlich dieselben Wirkungen ein (hinsichtlich des Schicksals des Vertrages) wie beim Wegfall der Gefahr, wie früher schon ausgeführt wurde.

Wir lehnen daher die Annahme eines Gestaltungsrechts ab. Eine einfache Anzeige, die den Sachverhalt klarstellt, dürfte sowohl den theoretischen wie praktischen Erwägungen gerecht werden. Praktisch wird der Versicherer im Einzelfalle vom Versicherungsnehmer immer Auskünfte verlangen, die eine sachliche Ueberprüfung des Tatbestandes zulassen.

Die vertragliche Bindung gilt materiell mit dem Wegfall der Gefahr als aufgelöst, also nicht erst mit dem Zeitpunkt, in dem der Versicherer die Erklärung zur Kenntnis genommen hat.

Die Erklärung soll klar den Willen bekunden, dass der Vertrag auch formell aufgelöst werden soll. Eine Form wird im ge-

meinen Recht nicht vorgeschrieben. Es genügt eine blosser Anzeige mit Nennung der eingetretenen Umstände. Die Versicherungsbedingungen enthalten aber oft Bestimmungen, die eine Form vorschreiben¹⁵⁹. Die in der Erklärung bezeichneten Gründe müssen im Zeitpunkt der Anzeige vorliegen. Hat der Versicherer nach sachlicher Ueberprüfung festgestellt, dass der Versicherungsvertrag materiell hinfällig geworden ist, so geht nach dem Ausgleich des innern Schuldverhältnisses (eventuell beidseitiger Ansprüche) auch die äussere Gebundenheit unter.

Die Annahme einer Frist muss abgelehnt werden. Die Voraussetzungen, wie sie z. B. in VVG Art. 54, Abs. 2 gegeben sind, treffen nicht zu. Zeitlich begrenzte Verwirkungsfristen, deren Wahrung den Vertrag auflöst, wären in unserem Fall durchaus unzutreffend, weil dem Versicherungsvertrag nach Wegfall der Gefahr materiell keine Gültigkeit mehr zukommt. Man kann nur in dem Sinne von einer Frist sprechen, als sich an die Nichterstattung der sofortigen Anzeige eine Schadenersatzforderung zugunsten des Versicherers knüpft. Die Gegenpartei soll nicht unbeschränkte Zeit über den Wegfall der Gefahr in Unkenntnis gelassen werden. Eine Ordnung in diesem Sinne dürfte den Interessen beider Parteien gerecht werden.

II. Teilweiser Wegfall der Gefahr während der Vertragsdauer

Damit die Wirkungen eintreten können, muss ein Teil der im Vertrag umrissenen Gefahr weggefallen sein. Der teilweise Wegfall erfordert begrifflich den Ausschluss von Tatsachen, «die für die Wertung des angebotenen Risikos in Betracht fallen»¹⁶⁰.

Hinsichtlich der Wirkungen gelten die nämlichen Regeln, wie wir sie in früheren Ausführungen festgehalten haben. Die Antwort auf die Frage, ob der teilweise Wegfall den ganzen Vertrag aufheben oder nur den weggefallenen Teil löschen soll,

¹⁵⁹ Für die Form gilt nicht Art. 13, Abs. 2 OR; vgl. Ostertag, Anm. 7 zu Art. 38. Der Versicherer müsste aber nach Treu und Glauben eine formwidrige, bspw. mündliche Anzeige gegen sich gelten lassen, besonders wenn er die formwidrige Erklärung nicht zurückweist.

¹⁶⁰ Roelli, Kommentar, 72.

richtet sich auch hier wiederum nach dem Willen der Parteien. Grundsätzlich steht fest, dass der Vertrag nicht hinfällig wird, sondern beschränkt auf den übriggebliebenen Gefahrenteil fortbestehen kann. Es kommt immer darauf an, durch welche Lösung die Interessen der Parteien besser gewahrt bleiben. Sachlich dürfte eine Teilnichtigkeit, bzw. eine Teilkündigung den Verhältnissen regelmässig eher angepasst sein. Im folgenden sind beide Lösungen zu berücksichtigen.

a) Löschung des Vertrages

Den entscheidenden Ausschlag gibt hier die Frage, ob die Parteien den Vertrag ohne den weggefallenen Teil auch geschlossen hätten. Im negativen Fall steht jeder der beiden Parteien das Rücktrittsrecht zu. Diese Lösung dürfte insbesondere dann zutreffen, wenn der Versicherungsschutz gegen den restlichen Gefahrenteil dem Willen der Parteien nicht mehr entspricht.

Für die Anwendung des Rücktrittsrechts stösst man hier auf keine rechtlichen Widersprüche, wie man *prima vista* vielleicht annehmen möchte. Denn beim teilweisen Wegfall der Gefahr steht der Bestand des Vertrages nicht in Frage¹⁶¹. Das Schicksal hängt allein vom Willen der Parteien ab, m. a. W. jede der beiden Parteien kann durch eine Rücktrittserklärung das Vertragsverhältnis lösen.

Diese Gestaltungserklärung soll den Willen zur Auflösung des Vertrages klar zum Ausdruck bringen. Der Erklärende (in der Regel wird dies der Versicherungsnehmer sein) muss die Umstände so weit klarstellen, dass der Gegenpartei eine Ueberprüfung der Berechtigung zum Rücktritt möglich ist¹⁶². Nicht unbedingt erforderlich ist die Nennung der Ausdrücke «Kündigung» oder «Rücktritt», soweit sich diese Absicht aus der Erklärung ergibt. Der Zeitpunkt der Auflösung wird oft durch die Bezeichnung der näheren Umstände charakterisiert sein. Der

¹⁶¹ Roelli, Kommentar, 142.

¹⁶² Oft liegt nur eine qualifizierte Gefahrsänderung vor, die der Versicherungsnehmer irrtümlich als teilweisen Wegfall auslegt.

Vertrag gilt rückwirkend von dem Zeitpunkt an als erloschen, in dem der teilweise Wegfall der Gefahr eingetreten war.

Mit dem Zugang der Erklärung gilt das Gestaltungsrecht als unwiderruflich ausgeübt¹⁶³. Analog Art. 9 OR kann die Rücktrittserklärung nur dann entkräftet werden, wenn der Widerruf von ihr oder mit ihrem dem Vertragskontrahenten zugeht. Hat der Adressat die Gestaltungserklärung zur Kenntnis genommen und die Berechtigung zu dieser Rechtshandlung gebilligt, so geht das Vertragsverhältnis unter. Dem Versicherer steht der Anspruch auf die Prämie der noch laufenden Versicherungsperiode zu.

Hebt der Versicherer den Vertrag auf, so erlischt seine Haftung analog VVG 42 mit dem Ablauf¹⁶⁴ von vierzehn Tagen, nachdem er dem Versicherungsnehmer den Rücktritt vom Vertrage mitgeteilt hat¹⁶⁵. Der Versicherer verliert in diesem Fall den Anspruch auf die Prämie für die noch nicht abgelaufene Zeit der Versicherungsperiode.

Tritt der Versicherungsnehmer vom Vertrage zurück, so bleibt dem Versicherer der Anspruch auf die Prämie für die laufende Versicherungsperiode gewahrt. Wurde aber die Prämie für mehrere Versicherungsperioden vorausbezahlt¹⁶⁶, so hat der Versicherer die auf die künftigen Versicherungsperioden entfallenden Prämienbeträge zurückzuerstatten. Ist für die laufende Versicherungsperiode¹⁶⁷ noch keine Prämie bezahlt, so hat der Versicherer in dem festgestellten Umfang Anspruch auf die Gegenleistung. Wurde für die zu leistenden Prämien eine Ratenzahlung vereinbart, so gelten die auf die laufende Versicherungsperiode entfallenden, noch nicht fälligen Raten als gestundet, demnach als vom Versicherungsnehmer geschuldet. Der Berechnung der zu restituierenden Prämienquote ist alsdann, unter Belastung des Versicherungsnehmers mit den ausstehenden Raten, die ganze Jahresprämie zugrunde zu legen.

¹⁶³ Vgl. Roelli, Kommentar, 513.

¹⁶⁴ Fristberechnung nach Art. 77 OR. Bis dahin haftet der Versicherer für den nicht betroffenen Gefahrenteil.

¹⁶⁵ Meldestelle nach Art. 43 VVG.

¹⁶⁶ Vgl. Ostertag, Kommentar, Anm. 11 zu Art. 42.

¹⁶⁷ Das ist diejenige, in der die Versicherung wegen Rücktritts des Versicherungsnehmers erlischt. Vgl. Roelli, Kommentar, 516.

Die im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu ermittelnde Teilprämie soll unverkürzt zurückerstattet werden. Die auf die künftigen Versicherungsperioden entfallenden Prämien sind ebenfalls unverkürzt zurückzuerstatten¹⁶⁸. Die Ordnung des Schicksals der für künftige Versicherungsperioden vorausbezahlten Prämien bleibt sich gleich, ob nun der Versicherer oder der Versicherungsnehmer vom Vertrage zurücktritt.

b) Teilweise Nichtigkeit

Im allgemeinen wird angenommen werden dürfen, der nicht betroffene Teil der Gefahr solle im Hinblick auf den Zweck des Versicherungsgeschäftes weiterhin gedeckt bleiben. In diesem Sinne erklärt auch Roelli¹⁶⁹, dass vom Standpunkte beider Vertragsteile aus die teilweise Gültigkeit regelmässig vorzuziehen sei.

Die Wirkungen, die wir im folgenden erörtern, treten dann ein, wenn auf das Rücktrittsrecht ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet wird. Die erste Voraussetzung hierfür besteht darin, dass die wissende Partei die nichtwissende über den teilweisen Gefahrwegfall in Kenntnis¹⁷⁰ setzt. Die Anzeige ist zu erstatten, sobald der Versicherungsnehmer, bzw. der Versicherer vom teilweisen Wegfall der Gefahr Kenntnis erlangt hat. Ueber die Meldestelle vgl. Art. 43 VVG. Von einer Verletzung der Anzeigepflicht sprechen wir dann, wenn der wissende Teil die Anzeige schuldhafterweise überhaupt nicht oder nicht gehörig, namentlich nicht rechtzeitig oder nicht am richtigen Ort, erstattet hat. Handlungen und Unterlassungen von Hilfspersonen sind dem Vertretenen dann anzurechnen, wenn er durch eigenes schuldhaftes Verhalten die Verletzung der Anzeigepflicht ermöglicht hat. Für schuldhafte Verletzung kann auch hier Schadenersatz verlangt werden.

¹⁶⁸ Vgl. Bulletin, 1905, 188.

¹⁶⁹ Roelli, Kommentar, 142.

¹⁷⁰ «Kenntnis» ist — gleichgültig wie vermittelte — zuverlässige Kunde von Tatsachen, aus denen auf einen Wegfall geschlossen werden muss. Blosser Vermutungen genügen infolgedessen nicht. Der wirklichen Kenntnis steht gleich, wenn sich eine Partei absichtlich der Kenntnisnahme entzogen hat. Im übrigen ist wirkliche Kenntnis, das tatsächliche «Kennen» erforderlich.

Der vom Wegfall der Gefahr betroffene Vertragsteil wird eo ipso unwirksam; er vermag als solcher keine rechtlichen Wirkungen mehr auszulösen. Die Haftung des Versicherers ist demnach teilweise untergegangen; in gleicher Weise auch die dem betroffenen Teile entsprechende ¹⁷¹ Leistungspflicht des Versicherungsnehmers.

Wenn weder die eine, noch die andere Partei vom Vertrage zurücktritt, so dauert die Haftung des Versicherers im Umfange des restlichen Gefahrenanteils fort ¹⁷². Im Falle eines teilweisen Eintritts des Ereignisses haftet der Versicherer für die Folgezeit ¹⁷³ nur bis zum Restbetrage der Versicherungssumme ¹⁷⁴.

Das Prämienschicksal beurteilt sich analog zu Art. 23 und 50 VVG. Die genannten Bestimmungen dürfen aber nicht unmittelbar angewendet werden. Die dort festgelegten Voraussetzungen treffen hier nicht zu. So müssen z. B. nach VVG 23 bei der Prämienbemessung einzelne Gefahrmomente berücksichtigt worden sein. Mit dem Wegfall solcher berücksichtigter Tatsachen steht dem Versicherungsnehmer das Recht zu, für die künftigen Versicherungsperioden die tarifmässige Herabsetzung der Prämie zu verlangen.

Wie verhält es sich, wenn der Versicherungsnehmer den weggefallenen Gefahrenanteil inzwischen wieder ersetzt hat, wenn demnach wieder die alte, volle Gefahr entstanden ist? Wir verweisen auf die Darlegungen im ersten Teil dieser Arbeit hin, wo u. a. ausgeführt wurde, dass jede neu entstandene Gefahrstatsache als eine neue Tatsache zu betrachten sei. Soll diese neue Tatsache in den Versicherungsschutz eingeschlossen sein, so muss eine diesbezügliche Vereinbarung der Parteien stattfinden (Nachversicherung). Diese Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden. Eine still-

¹⁷¹ Auf Grund der verminderten Gefahrsverhältnisse muss eine anhand der Prämientarife des Versicherers bestimmte Herabsetzung der Prämie erfolgen.

¹⁷² Für die Dauer von vierzehn Tagen haftet der Versicherer auf jeden Fall zum Schutze des Versicherungsnehmers (Art. 42 VVG).

¹⁷³ Unter «Folgezeit» ist hier die Zeit nach dem Eintritt der Gefahr zu verstehen.

¹⁷⁴ Vgl. Roelli, Kommentar, 516 ff.

schweigende Vereinbarung liegt dann vor, wenn der Versicherer für eine künftige Versicherungsperiode die ursprünglich vereinbarte Prämie vorbehaltlos entgegennimmt. Der Versicherer bekundet damit, dass er wieder für den ganzen Umfang der Gefahr eintreten wolle. Umgekehrt, wenn der Versicherungsnehmer die Vorenthaltung der für die künftigen Versicherungsperioden vorausbezahlten Prämien stillschweigend duldet.

Die Praxis behandelt als teilweisen Gefahrwegfall kurzweg alle Fälle, die nicht unter den Begriff «Wegfall der ganzen Gefahr» subsumiert werden können. Und zwar versteht sie darunter sowohl den teilweisen Eintritt der versicherten Gefahr, als auch den teilweisen Wegfall der Gefahr. Zur Zeit der schweizerischen Kodifikation des Versicherungsrechtes räumte die damals herrschende Ansicht dem Versicherer das Recht ein, einseitig vom Vertrag zurückzutreten. Mit Recht wurde dies beanstandet und die gleiche Behandlung beider Vertrags-teile gefordert, was dann zur Ordnung, wie sie Art. 42, Abs. 1 VVG statuiert, geführt hat.

III. Zeitweiser Wegfall der Gefahr

Im Gegensatz zum ganzen und teilweisen Wegfall der Gefahr kommt der zeitweise Wegfall nur während der Dauer des Vertrages vor. In allen jenen Fällen, in denen die Gefahr im Zeitpunkt des Abschlusses oder vor Beginn der Wirkungen des Vertrages für eine gewisse Zeitspanne mangelt, handelt es sich nur um einen zeitlichen Aufschub der Versicherung. Begrifflich verlangt der zeitweise Wegfall zwei Voraussetzungen¹⁷⁵: Den nachgewiesenen Wegfall der Gefahr und die Wiederentstehung der gleichen Gefahr. Zur Erläuterung sei ein Entscheid¹⁷⁶ des *juge de paix* von Montreux dargetan:

Am 20. August 1927 unterzeichnete L. einen Versicherungsvertrag gegen Wasserschaden mit der *Société d'assurance des Eaux et Accidents* in Lyon, Generalagentur in Genf. Die Ver-

¹⁷⁵ Vgl. oben § 5.

¹⁷⁶ SVA, VI, 43.

sicherungsdauer wurde auf drei Jahre vereinbart. Am 9. November 1928 teilte ein Vertreter des Versicherungsnehmers L. der Gesellschaft mit ¹⁷⁷, dass das Gebäude ab 1. Januar 1929 abgebrochen werde (Kündigung). Die Gesellschaft erblickte aber im Umstand, dass der Vertrag auf bestimmte Frist geschlossen worden war, einen Grund zur Annahme, dass die Police bis 20. August 1930 voll wirksam sei: «... l'information que cette police, étant conclue à terme fix, soit jusqu'au 20 août 1930, ne pouvait être résiliée.» L. liess ein neues Haus bauen. Diese Tatsache veranlasste das Gericht zu folgendem irrigen Schluss zu kommen: «Lorsque le risque disparaît pendant un certain temps l'assureur doit accorder la suspension du contrat d'assurance, quitte à le prolonger d'une durée correspondante.» Dazu Stellung nehmend, lässt sich folgendes sagen: im obigen Entscheide werden die Grundsätze über den zeitweisen Wegfall in unzutreffender Weise angewendet. Hier kann keine Sistierung des Vertrages Platz greifen, weil ein Wegfall der ganzen Gefahr vorliegt ¹⁷⁸. Mit dem Abbruch eines alten Gebäudes fällt die versicherte Gefahr weg. Mit dem Bau eines neuen Hauses entsteht eine neue Gefahr, die vollständig ausserhalb des Rahmens des Versicherungsvertrages fällt ¹⁷⁹. Eine Suspension wäre nur dann denkbar, wenn die Gefahr als solche für eine längere Zeitspanne wegfallen würde, wenn z. B. in unserem Falle die Gefahr des Wasserschadens fortfallen und nach angemessener Frist wieder eintreten würde.

1. Die Wirkungen im allgemeinen

Der Gesetzgeber hat den zeitweisen Wegfall der Gefahr nicht geordnet. Eine gesetzliche Regelung ist nach unserer Ansicht auch nicht notwendig, weil dem zeitweisen Wegfall ausschliesslich in der Nach- und Haftpflichtversicherung (insbesondere im Fahrzeuggeschäft) eine praktische Bedeutung zukommt.

¹⁷⁷ Vgl. S. 103 dieser Arbeit: Kündigung.

¹⁷⁸ Vgl. Jaeger, Kommentar, II, 50.

¹⁷⁹ Roelli, Kommentar, 330; Ehrenzweig, I, 206: «Wenn ein Gebäude als Wohnhaus oder als Fabrik gegen Feuergefahr versichert wurde, dann muss die Umwandlung des einen in das andere die versicherte Gefahr aufheben und damit den Vertrag erlöschen machen.»

Die Wirkungen lassen sich aus den früher festgelegten Grundsätzen und aus dem Vorgehen der Praxis ableiten.

Grundsätzlich stellt der zeitweise Wegfall der Gefahr den Vertragsbestand nicht in Frage. Wie verhält es sich aber mit den obigen Darlegungen, wo wir bei Gefahrsausschluss die Hinfälligkeit des Vertrages annehmen? Eigentlich müsste der Vertrag dahinfallen, gleichgültig, ob es sich um einen nur zeitweisen Gefahrwegfall handelt. Aus praktischen Erwägungen lässt man aber bei einem zeitweisen Unterbruch des Gefahrzustandes die Wirkungen des Wegfalls nicht eintreten. Die Gefahr wird als ruhend betrachtet; sie gilt nicht als weggefallen. Das Versicherungsverhältnis wird demnach nicht betroffen. Die Haftung des Versicherers ruht solange bis der Zustand der «Gefahrsruhe» durch das Wiederaufleben¹⁸⁰ der Gefahr behoben wird. Von Gesetzes wegen schuldet der Versicherungsnehmer die Prämie für die laufende Versicherungsperiode (Art. 24 VVG). Tritt die Gefahr während der laufenden Versicherungsdauer nicht wieder ein, so wird der Versicherungsnehmer der weiteren Leistungspflicht enthoben. Hingegen wird der Vertrag dann wieder wirksam, wenn dem Versicherer mitgeteilt wird, dass die Gefahr wieder besteht.

Man wird sich mit Recht fragen, ob unter diesen Umständen nicht jeder Partei ein Rücktrittsrecht zuerkannt werden soll. Wenn der teilweise Gefahrwegfall, der den Vertragsbestand auch nicht in Frage stellt, jede der beiden Parteien zum Rücktritt berechtigt, warum soll hier nicht eine gleiche Lösung Platz greifen?

In erster Linie ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Tatbestände nicht gleichgestellt werden dürfen. Durch den zeitweisen Wegfall scheidet ein Teil der Voraussetzungen für den Bestand des Vertrages aus. Das Versicherungsbedürfnis verkleinert sich. Mitunter kann es sich dermassen verringern, dass praktisch überhaupt kein Versicherungsschutz mehr wünschbar ist. Für diesen Fall sieht das Gesetz (OR 2, Abs. 2) mit Recht eine Rücktrittsmöglichkeit vor.

¹⁸⁰ Vgl. Ehrenzweig, I, 206. Der Wiedereintritt der Gefahr muss dem Versicherer unverzüglich angezeigt werden.

Beim zeitweisen Wegfall verhält es sich anders. Hier besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die gleiche Gefahr wieder entsteht. Das Versicherungsbedürfnis ruht, geht aber nicht unter. Vom Versicherer wie vom Versicherungsnehmer könnte kein berechtigtes Rücktrittsbegehren geltend gemacht werden. Zudem ist in praxi die Prämienfrage in billiger Weise gelöst¹⁸¹.

2. Der zeitweise Wegfall in der Autohaftpflichtversicherung

In der Autohaftpflichtversicherung kommt dem zeitweisen Gefahrwegfall eine grosse Bedeutung zu. Hier ist die Gefahr mit der Nutzung des Fahrzeugs verbunden. In praxi geschieht es nun sehr häufig, dass Automobilisten ihre Fahrzeuge für längere Zeit nicht brauchen wollen; die Fahrzeuge werden eingestellt, in Reparatur gegeben¹⁸². Welche Wirkungen hier ein zeitweiser Wegfall der Gefahr mit sich bringt, soll im Folgenden ausgeführt werden.

a) Die Gefahr in der Autohaftpflichtversicherung

Die Gefahr besteht in der Autohaftpflichtversicherung¹⁸³ darin, dass das Vermögen des Versicherungsnehmers¹⁸⁴ haft-

¹⁸¹ In der Branche der Autohaftpflichtversicherung wandte man sich in den Nachkriegsjahren von der frühern Praxis, langjährige Verträge abzuschliessen, ab. Heute beträgt die vereinbarte Dauer 2—3 Jahre. Erfolgt keine Kündigung (auf 3 Monate), so laufen die Versicherungen Jahr für Jahr weiter. Die Gesellschaften (so die Unfall-Winterthur, Zürich, Helvetia u. a.) gewähren eine mit jedem Versicherungsjahre steigende Gewinnbeteiligung. Folge: der Versicherungsnehmer möchte regelmässig den Vertrag aufrechterhalten.

¹⁸² Der Nachweis, dass die Gefahr ruht, liegt in der Abgabe der Nummernschilder an die Motorfahrzeugkontrolle. Rechtlich gilt damit die Gefahr als weggefallen, wenn auch die Möglichkeit besteht, ein Fahrzeug zu gebrauchen. Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, bleibt prämienpflichtig.

¹⁸³ Vgl. hierzu insbesondere die Kommentare von Strebel, Badertscher, Stadler zu Art. 37 ff. MFG. Schönbein, Diss. 23 ff. und Bourgknecht, Diss. 50 ff.

¹⁸⁴ Versicherungsnehmer wird regelmässig der Halter des Automobils sein, d. h. derjenige, dem die tatsächliche Verfügungsgewalt zusteht und dem der wirtschaftliche Nutzen des Automobils zukommt. Das MFG definiert den Begriff des Halters nicht. Vgl. Schönbein, Diss. 45. Der Halter

pflichtig werden kann. Das befürchtete Ereignis ist die durch den Betrieb des Motorfahrzeuges herbeigeführte Tötung oder Verletzung eines Menschen oder die Verursachung eines Sachschadens, für deren Folgen das Vermögen des Verantwortlichen haften müsste¹⁸⁵. Die versicherte Gefahr steht also nicht nur mit einzelnen bestimmten Vermögensstücken in Beziehung, sondern mit dem ganzen Vermögensstand der versicherten Person. Die Gefahr entsteht mit der Inbetriebsetzung des Fahrzeuges und ist solange vorhanden, als das Fahrzeug im Betriebe steht, bzw. als die rechtliche Möglichkeit eines Ereignisses vorliegt. Diese rechtliche Möglichkeit dauert solange an, als die Kontrollschilder, die den Betrieb rechtlich gestatten, im Besitze des Versicherungsnehmers sind.

Die Gefahr fällt weg, wenn infolge Aenderung der tatsächlichen Verhältnisse das befürchtete Ereignis nicht mehr eintreten, oder das Vermögen des Versicherten nicht mehr haftpflichtig werden kann¹⁸⁶. Dies ist dann der Fall, wenn das Motorfahrzeug überhaupt aus dem Verkehr gezogen wird. Mit Rücksicht darauf, dass der Versicherer nicht überall, wo ein solcher Wegfall geltend gemacht wird, die Unmöglichkeit der Verwendung des Fahrzeuges nachprüfen kann, wird in der Autohaftpflicht allein auf die rechtliche Unmöglichkeit des Ereignisses abgestellt. Der Halter kann sich nicht auf den Wegfall berufen, solange er die Nummernschilder und den Fahrzeugausweis zurückbehält, ungeachtet, ob sich das Fahrzeug in gebrauchsunfähigem Zustande befindet. Mag das Motorfahrzeug noch so schwerwiegende Mängel und Beschädigungen aufweisen, mag es zerlegt in einer Garage liegen, so dass technisch der Betrieb ausgeschlossen ist, so läuft die Prämienpflicht trotzdem weiter, wenn die Schilder dem kantonalen Kontroll-

haftet auch für Personen, welche er zum Betrieb des Fahrzeuges verwendet (Chauffeur). Für absichtliche oder fahrlässige Schadenverursachung kann auch der Lenker belangt werden (OR Art. 41), auch ein Dritter, wenn dieser durch sein Verhalten einen Unfall verschuldet oder mitverschuldet hat.

¹⁸⁵ Art. 37, Abs. 1 MFG: «Wenn durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges Menschen getötet oder verletzt werden, oder Sachschaden verursacht wird, so haftet der Halter für den Schaden.»

¹⁸⁶ Vgl. Klopfenstein, Diss. 56 ff.

bureau nicht zurückgegeben wurden. Erst der Nachweis der rechtlichen Unmöglichkeit schafft dem Versicherungsnehmer die volle Sicherheit¹⁸⁷.

b) Die Suspension des Vertrages

Die Gesellschaft «Helvetia» hält die Wirkungen in § 8 der allgemeinen Bedingungen fest. Die Bestimmung lautet: «Wird die Versicherung wegen Ausserbetriebsetzung des deklarierten Fahrzeugs ohne Ersetzung durch ein anderes — während mindestens zwei aufeinanderfolgenden vollen Monaten sistiert, so gewährt die «Helvetia» bei Wiederinkraftsetzung der Versicherung eine Prämienrückerstattung von einem Zwölftel der bezahlten Jahresprämie für jeden vollen Monat. Der Nachweis der Ausserbetriebsetzung ist durch eine Bescheinigung des zuständigen Strassenverkehrsamtes (Motorfahrzeugkontrolle) über die Hinterlegung der Kontrollschilder zu erbringen.»

Die Suspension wird nur gewährt, wenn das Motorfahrzeug ausser Betrieb gesetzt wird. Unter den Begriff des Betriebs fallen nach Bienenfeld¹⁸⁸ alle «technischen Einrichtungen und Tätigkeiten, welche nach Vorschrift des Gesetzes oder nach Auffassung des Verkehrs eindeutig den Verkehrszweck zu erreichen bestimmt sind.» Diese Auffassung dürfte immerhin in der Hinsicht einzuschränken sein, dass sich die strenge Betriebshaftpflicht nur auf solche Unfälle erstreckt, die sich innerhalb des öffentlichen Verkehrs¹⁸⁹ ereignen. Auf andere Ereignisse findet die allgemeine Regelung des Art. 41 OR Anwendung. Unfälle in Garagen, bei Bau und Reparatur in Werkstätten, müssen demnach von der Haftpflicht des MFG ausgeschlossen werden.

Ferner tritt die Suspension nur dann ein, wenn das aus dem

¹⁸⁷ Keinen Nachweis der Rückgabe bei technischer Unmöglichkeit der Benützung verlangen: Stiefel-Koenig-Martinoli, N. 2 zu § 8. Fachleute aus der Praxis weisen aber darauf hin, dass gerade diese Regel nicht streng genug gehandhabt werden könne, weil pflichtvergessene Fahrer oft unter Vorgebung eines zeitweisen Wegfalls der Gefahr die Prämien herabsetzen möchten. — Wenn Versicherer auf Zeugen eingehen, so können sie es freiwillig tun.

¹⁸⁸ Bienenfeld, SJZ, 30, S. 57 ff.

¹⁸⁹ Vgl. Strebel 91, Stadler 4.

Betrieb gezogene Fahrzeug nicht durch ein anderes ersetzt wird. Hierüber statuiert § 9 der allgemeinen Bedingungen folgende Regelung: «Wird ein deklariertes Fahrzeug bei vorübergehender nachgewiesener Ausserbetriebsetzung durch ein anderes Fahrzeug gleicher Art (Motorrad durch Motorrad, Personenwagen durch Personenwagen, Lastwagen durch Lastwagen, usw.) ersetzt, ohne dass der Fahrzeugausweis des Ersatzfahrzeuges auf den Versicherungsnehmer übertragen wird, oder ein neuer auf seinen Namen lautender definitiver Ausweis für das Ersatzfahrzeug ausgestellt, und dieses letztere mit behördlicher Bewilligung unter dem in der Police deklarierten polizeilichen Kontrollschild gefahren wird, so gilt die Versicherung ohne weiteres für das Ersatzfahrzeug. Befindet sich letzteres länger als 30 aufeinanderfolgende Tage im Gebrauch des Versicherten, so ist dieser verpflichtet, der «Helvetia» davon unverzüglich Anzeige zu machen und eine allfällige sich ergebende Mehrprämie für die 30 Tage übersteigende Benützungsdauer auf Aufforderung der «Helvetia» hin zu bezahlen. Wird das ausser Betrieb gesetzte Fahrzeug unter dem in der Police deklarierten Kontrollschild wieder in Betrieb genommen oder ist das Ersatzfahrzeug nicht mehr im Gebrauch des Versicherten, so erlischt die Versicherung für das Ersatzfahrzeug ohne weiteres. Solange das Ersatzfahrzeug im Gebrauch des Versicherten ist, gilt die Versicherung in keiner Weise für das ausser Betrieb gesetzte Fahrzeug, auch dann nicht, wenn es mit andern Kontrollschildern fahren sollte.»

Inhaltlich wird damit festgelegt: die Versicherung des deklarierten Fahrzeuges geht unter bestimmten Voraussetzungen ohne weiteres auf das Ersatzfahrzeug über. Zur Hauptsache besteht die Voraussetzung in einer behördlichen Bewilligung, die den Betrieb des Ersatzfahrzeuges unter dem in der Police deklarierten Kontrollschild des ausser Betrieb gesetzten Fahrzeuges zulässt. Tritt durch den Betrieb des Ersatzfahrzeuges ein schädigendes Ereignis ein, so gewährt der Versicherer den gleichen Haftpflichtschutz, wie wenn diese Tatsache durch das deklarierte Fahrzeug bewirkt worden wäre. Dauert die Benützung des Ersatzfahrzeuges länger als 30 aufeinanderfolgende

Tage, so muss dem Versicherer Anzeige erstattet werden und zwar deshalb, weil sich durch die Verwendung des Ersatzfahrzeuges die Gefahrslage häufig zu ungunsten des Versicherers verändern kann. Das Prämienschicksal müsste im Sinne der Bestimmungen des Art. 28 VVG beurteilt werden.

Die Benützung eines Ersatzfahrzeuges schliesst natürlich eine Suspension des Vertrages aus. Die Voraussetzungen des zeitweisen Wegfalls der Gefahr treffen nicht zu; die Haftung des Versicherers hat sich hier auf ein anderes Fahrzeug übertragen.

Wurde aber das deklarierte Fahrzeug durch kein anderes ersetzt, so ist der zeitweise Wegfall gegeben: die Gefahr ruht, der Vertrag kann ohne weiteres sistiert werden.

Die Wirkungen im einzelnen seien am folgenden praktischen Fall erläutert: der Automobilist X hat sich bei einer Gesellschaft gegen Haftpflicht versichert. Die jährliche Prämienleistung beläuft sich auf Fr. 360.—. Mitte Dezember teilt X der Gesellschaft mit, dass er während den kommenden Monaten den Wagen ausser Betrieb setzen werde. Vorschriftsgemäss gibt X die Kontrollschilder der kantonalen Motorfahrzeugkontrolle ab, die dem Versicherer davon Anzeige macht. Der Versicherungsvertrag wird sistiert.

Ab Mitte April möchte der Versicherungsnehmer X seinen Wagen wieder benützen und teilt dies der Gesellschaft mit. Mit sofortiger Wirkung wird der suspendierte Vertrag wieder in Kraft gesetzt und X kann nach Einlösung der Kontrollschilder sein Fahrzeug wieder in Betrieb setzen.

In Anwendung der allgemeinen Bedingungen wird das Prämienschicksal wie folgt beurteilt: Die Suspension dauerte ab Mitte Dezember bis Mitte April des neuen Jahres. Betrug die Suspensionsdauer mindestens zwei volle aufeinanderfolgende Monate, so gewährt die Gesellschaft einen Rabatt¹⁹⁰ von 1/12 für jeden vollen Monat¹⁹¹. In unserem Fall wurde die Versicherung während drei Monaten sistiert¹⁹². Unter Anrechnung des

¹⁹⁰ In praxi «Suspensionsrabatt» genannt.

¹⁹¹ Gemäss dem neuen Tarif vom November 1946 wird diese Regelung von allen Gesellschaften in gleicher Weise gehandhabt.

¹⁹² Angebrochene Monate zählen nicht.

Suspensionsrabattes würde sich demnach die Prämie für die laufende Versicherungsperiode auf Fr. 270.— reduzieren.

Im täglichen Leben trifft die Ausserbetriebsetzung recht häufig zu, insbesondere während der Winterszeit. Viele Fahrzeughalter (Luxus- und Sportfahrer) stellen ihre Fahrzeuge ein, lassen sie revidieren oder sehen aus andern Gründen von einer Benützung ab. In allen diesen Fällen treten die voranstehend bezeichneten Wirkungen ein.

In diesem Zusammenhang sei noch auf einen Sonderfall hingewiesen: die Suspension der Verträge während den Kriegsjahren 1940—1945.

Zu Beginn der Kriegsjahre wurde in der Schweiz das Benzin rationiert. Die zu beziehenden Quanten wurden dermassen eingeschränkt, dass im Sommer 1940 der Automobilverkehr praktisch lahmgelegt war. Im Herbst 1940 wurde der freie Automobilverkehr verboten.

Für sämtliche betroffenen Versicherungsverträge galt die Gefahr als weggefallen; sie wurden auf ungewisse Frist sistiert. Die Praxis lehnte sich dabei an die Grundsätze an, die für den zeitweisen Wegfall zur Anwendung kommen. Man ging nämlich von der Erwägung aus, dass diese Massnahmen irgendwann wieder aufgehoben werden; eine Wiederinbetriebsetzung der Fahrzeuge, d. i. eine Wiederentstehung der Versicherungsgefahr, wurde für wahrscheinlich gehalten.

Welches waren die Wirkungen im einzelnen? Die Gesellschaften wurden von der Haftung für eventuelle Haftpflichtansprüche befreit. Der Versicherungsnehmer wurde seiner Prämienleistungspflicht entbunden. Gemäss der in VVG Art. 24 statuierten Ordnung verfiel die Prämie für die noch laufende Versicherungsperiode (1940) den Gesellschaften. Gewisse Versicherer erstatteten vorausbezahlte Prämien zurück, andere behielten sie im Hinblick auf eine spätere Verrechnungsmöglichkeit.

Aerzte, Diplomaten, Spitalverwalter u. a. durften im Interesse ihrer beruflichen Aufgaben und Sonderpflichten den Betrieb der Fahrzeuge in beschränktem Masse aufrechterhalten. Die Gesellschaften gewährten einen sogenannten Rationierungsrabatt (15—25 % der früheren Prämienleistung) aus der Ueber-

legung, dass auch diese Personen mit der spärlichen Zuteilung an Treibstoffen niemals ihre Fahrzeuge voll verwenden konnten. Auch jenen Versicherungsnehmern, die aus wirtschaftlichen Gründen die Verwendung der Fahrzeuge nicht einfach stilllegen wollten und sich die Fortsetzung des Betriebes durch Holzvergasung ermöglichten, wurde dieser Rabatt gewährt.

Die suspendierten Versicherungsverträge liess man auslaufen. Erfolgte keine Kündigung, blieben sie für jedes weitere Jahr in Kraft. Bei Verkauf eines Fahrzeuges traten die in Art. 54 VVG festgelegten Wirkungen der Handänderung ein.

Im Herbst 1945 wurde die Sperre aufgehoben und die langjährig sistierten Versicherungen konnten wieder in Kraft gesetzt werden.

